الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العالي



جامعة وهران

كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية

قسم: العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

مذكرة لنيل شهادة الماجستير بعنوان:

التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

إعداد الطالب:

خارف محمد

تحت إشراف الأستاذة الدكتورة:

د: حبار آمال

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
داودي عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران	رئيساً
حولف عكاشة	أستاذ مساعد	جامعة وهران	عضو مناقشاً
قوادري مختار	أستاذ مساعد	جامعة سعيدة	عضو مناقشاً
حبار آمال	أستاذة	جامعة وهران	مشرفاً

السنة الجامعية:1434-1435هـ الموافق لـ: 2013-2014 م.


بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٢٠

اقتباس

« ما كتب أحد في يومه كتاباً إلا قال في غده:

والله لو أني فعلت كذا كان أحسن

و لو غير كذا لكان يستحسن

و لو أضيف هذا لكان أجمل

و لو ترك هذا لكان أفضل

و هذا من أعظم العبر

وهذا دليل استيلاء النقص على سائر البشر »

عن الأصفهاني

الإهداء

الحمد لله الذي بنعمته تتم به الصالحات والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء و الرسالات

بعد الحمد والشكر لله الواحد القهار أهدي ثمرة هذا العمل

إلى من جاء فيهما قوله تعالى:{وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا}.سورة الإسراء الآية24.

بارك الله في عمرهما

وإلى كل العائلة الكريمة

وإلى كل الأحباب و الأصحاب

إلى كل من كان لهم سند في هذا العمل

شكر وتقدير

قال تعالى:{ وَقَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ}. سورة النمل الآية 19.

نشكر الذي خلقنا وشف سمعنا وبصرنا بحوله وقوته الله عز وجل، نحمده حمداً كثيراً طيباً مبارك فيه أن وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع

كما نتقدم بالشكر الخالص إلى الأساتذة الكرام كل باسمه عامةً

والأستاذة الدكتورة الفاضلة حبار آمال خاصةً على كل التوجيهات القيمة والإرشادات البناءة لإتمام هذا العمل

كما لا أنس كافة عمال المكتبات التي زرتها و إلى كل من مد لنا يد العون من قريب أو بعيد.

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله نحمده ونستعينه ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلن تجد له ولياً مرشداً، والصلاة والسلام على صفوة الخلق سيد المرسلين وخاتم النبيين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، و من تبعه إلى يوم الدين.

أما بعد...

أولاً: تعريف موجز بموضوع البحث

فإن الله تعالى قد كتب على نفسه الرحمة تفضلاً منه وإحساناً فقال:{ قُلْ لِمَنْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ قُلْ لِلَّهِ كَتَبَ عَلَى نَفْسِهِ الرَّحْمَةَ...}سورة الأنعام.الآية(12)، فما شرعه الله لا يكون إلا متفقاً مع الحكمة، محققاً لمصلحة التشريع فكل مباح نافع طيب، وكل حرام ضار خبيث، لذلك كانت الشريعة الإسلامية هي الفطرة السليمة بكل مقوماتها، فهي سامية الأهداف ابتداءً من أساسياتها، ونهاية عند مآلاتها، ملبية لمطلب العدالة في الحياة الإنسانية.

ولما كان المقصد العام لِلشّارع الحكيم تحقيق مصالح الناس، فيجلب النفع لهم ويدفع الضرر عنهم، كان كل ما شرع من أحكام حافظاً لأمهات المصالح المتمثلة في الضروريات والحاجيات والتحسينات.

ولاشك أن التشريع الإسلامي يجعل مبدأ دفع الضرر أساساً من أسسه، سواء على مستوى الفرد أو المجتمع، فقد جاء في الحديث الشريف (لا ضرر ولا ضرار)، فكل ما يعود بالضرر على النفس البشرية وما يحيط بها في العاجل أو الآجل، مدفوع في التشريع الإسلامي، بل أبعد من ذلك فالضمان على مسبب الضرر عقوبة له، وجبراً لخاطر المتضرر، وزجراً للغير، وكل ذلك لحفظ التوازن بين الناس وتحقيق المثل العليا في المجتمع.

وإذا كانت الحكمة من التعويض هي إصلاح و جبر الضرر، وذلك بإعادة المتضرر إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الاعتداء، فإن هذا الأمر يكون صعباً إذا ما كانا أمام ضرر

معنوي (عكس الضرر المادي)، الأمر الذي يؤدي بي إلى ضرورة البحث عن معايير دقيقة وقرائن جلية، على ضوئها يستنير القاضي للوصول إلى الحكم بتعويض مناسب لجبر الضرر المعنوي.

ومن أبرز التطبيقات لمبدأ التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي وردت مسائل في فقه الأسرة، وجاء بها قانون الأسرة الجزائري في مواده، والتي تعد الشريعة الإسلامية أحد أهم مصادره.

وترجع أسباب اختيار دراسة موضوع التعويض عن الأضرار المعنوية في مسائل الأحوال الشخصية إلى كون الموضوع حيوياً يصب في واقع المجتمع، وباعتبار أنه يمس موضوعاً من موضوعات حقوق الإنسان، والتي عادة ما يؤكدها النظام العام، حيث إن الموضوع يتمثل في أسمى حق يملكه الإنسان على الإطلاق، وهو حقه في سلامة جانبه المعنوي ضد أي اعتداء، وهذا الحق إنما يستلزم حماية القانون له، وهذه الحماية القانونية هي التي دفعتني للبحث في مداها من جهة، ولمعرفة أنجع السبل والحلول التي وصل إليها الفقه الاسلامي والقضاء الحديث في هذا الشأن من جهة أخرى.

بالإضافة إلى ما صاحب صدور قانون الأسرة المعدل من ضجة سياسية وإعلامية كبيرة، وما أثاره من جدل و نقاش واسع حول مدى مطابقة التعديل للشريعة الإسلامية، وما أُشيع من أنه مجرد صدى للاتفاقيات الدولية، ناهيك عن التوجه الدراسي للباحث في قانون الأسرة، ورغبته في الإطلاع على ما يتضمنه من أحكام.

ثانياً: إشكالية البحث

أ/الإشكالية الرئيسية:

مَا مدى وجود التعويض الناجم عن الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري؟

ب/الإشكاليات الفرعية:

وتسهيلاً للدراسة فقد عمدت إلى تجزئة الإشكال إلى مجموعة من الأسئلة الفرعية تمثلت في: ما هو مفهوم الضرر و أنواعه؟ وهل الضرر المعنوي الذي هو أحد أنواع الضرر الموجود في الفقه الإسلامي؟ وهل نص عليه القانون أم لا؟ وما هي الحالات التي أقرها القانون من أجل التعويض عن الضرر؟ وهل هذا التعويض يشمل الضرر بأنواعه؟ أم يقتصر على نوع دون آخر؟ وهل يتوافق القانون في كل ما سبق مع الفقه الإسلامي؟.

لذلك فقد جاءت هذه الدراسة لتبحث الإشكالية بحسب ما توفر للباحث من كتب سواء كانت قديمة أو حديثة، وسواء كانت في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي.

ثالثاً: المنهجية المتبعة في الدراسة

وقد اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج المقارن مع التحليل في بعض الأحيان، وهذا لكونه المنهج الأنسب بغية معرفة كل حيثيات الموضوع، كما استندت هذه الدراسة إلى شيء من المنهج التاريخي، من خلال متابعة التطور الزماني وتتبع المسألة المراد دراستها.

رابعاً: خطة البحث

و من خلال ما سبق فقد اقتضت الدراسة تقسيم الموضوع إلى فصل تمهيدي وفصلين آخرين، تحت كل فصل مبحثان:

ففي الفصل التمهيدي تحدثت في المبحث الأول عن مفهوم الضرر لغةً و اصطلاحاً، ثم تطرقت إلى أنواعه وشروط ضبطه، وفي المبحث الثاني تطرقت إلى مفهوم التعويض لغةً و اصطلاحاً، وتطوره عبر التاريخ، ثم حكمه وعرض آراء كل من القائلين بالمشروعية والقائلين بعدمها.

أما الفصل الأول فجاء الحديث فيه عن الخطبة، فالمبحث الأول تناولنا فيه تعريفها لغةً واصطلاحاً، و الحكمة منها، ثم العدول عنها، و في المبحث الثاني تطرقنا إلى الطبيعة القانونية للخطبة وإلى حكم التعويض عن العدول.

وخلصت في الفصل الثاني إلى التعويض عن الضرر المعنوي في الفرقة، بحيث جاء في المبحث الأول حالة الطلاق التعسفي، فعرفت الطلاق والتعسف، ثم التعويض عن الطلاق التعسفي، أما المبحث الثاني فأوردت فيه حالتي التطليق والنشوز، فعرفت التطليق وتعرضت لأسبابه، ثم إلى النشوز وذكرت حالاته، و في الأخير إلى التعويض عن الحالتين، وقد جاءت الخطة كالآتي:

مقدمة

الفصل التمهيدي: ماهية الضرر والتعويض

المبحث الأول:مفهوم الضرر وأنواعه

المطلب الأول: تعريف الضرر

المطلب الثاني: شروط ضبط الضرر

المبحث الثاني: حقيقة التعويض وحكمه

المطلب الأول: تعريف التعويض

المطلب الثاني: حكم التعويض عن الضرر المعنوي

الفصل الأول: التعويض عن الضرر في الخطبة

المبحث الأول: الخطبة و أحكامها

المطلب الأول:تعريف الخطبة

المطلب الثاني:العدول عن الخطبة

المبحث الثاني:الطبيعة القانونية للخطبة وآثار العدول عنها

المطلب الأول:الطبيعة القانونية للخطبة

المطلب الثاني:آثار العدول عن الخطبة

الفصل الثاني: التعويض عن الضرر المعنوي بعد فك الرابطة الزوجية

المبحث الأول: حالة الطلاق التعسفي

المطلب الأول: ماهية الطلاق التعسفي

المطلب الثاني: التعسف في استعمال حق الطلاق

المطلب الثالث: التعويض عن الطلاق التعسفي

المبحث الثاني:حالة التطليق والنشوز

المطلب الأول:حالة التطليق

المطلب الثاني:حالة النشوز

المطلب الثالث:التعويض عن حالتي التطليق و النشوز

خامساً: الدراسات السابقة

ومن خلال مسح أدبيات الموضوع تبين لي أن هناك مجموعة قليلة من الدراسات، التي وضعها بعض الباحثين، إلا أن أغلبها عبارة عن مقالات، كما سجلت دراستين تم إنجازهما في

إطار مذكرة تخرج لمرحلة الماجستير، إحداهما بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة 2005، وهذا بطبيعة الحال حسب جهود الباحث الذي ما فتئ بنقب هنا و هناك، لعله يجد ما يساعده في بحثه.

ومن جملة الدراسات في الضرر المعنوي:

* التعويض عن الضرر الأدبي دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون للأستاذ أسامة السيد عبد السميع.

*الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون دراسة مقارنة للأستاذ عبد الله مبروك النجار.

*التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي للأستاذ محمد بن المدني بوساق.

هذه الدراسات يمكن أن تكون قاعدة للتواصل و التراكم المعرفي المتعلق بالجوانب النظرية والتطبيقية مستقبلاً، ولعل الملاحظ هو عدم وجود دراسة مباشرة وشاملة تعالج موضوع الضرر الأدبي في مسائل الأحوال الشخصية.

سادساً: صعوبات البحث

وما يجب الإشارة إليه هو جملة من الصعوبات التي واجهتني خلال هذه الدراسة فقد تمثلت في ما يلي:

*نقص المراجع المتخصصة خاصة ما تعلق بالقانون الجزائري عامة، وقانون الأسرة خاصة.

*صعوبة الوصول إلى بعض المعلومات خاصة منها قرارات المحكمة العليا، بالإضافة إلى الاجتهادات المتناثرة هنا وهناك.

*نظام سير بعض المكتبات خاصة الجامعية منها، والتي لا تساعد كثيراً الباحثين على نيل مرادهم.

سابعاً: منهجي في البحث

وقد عملتُ في هذا البحث على:

ــ عزو الآيات القرآنية ببيان السورة ورقمها، ليسهل الرجوع إليها مميزين الآيات بــ{...}.

ــ في تخريج الأحاديث إن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بتخريجه منهما، وإن لم يكن في الصحيحين وكان في كتب السنة الستة خرجته، فأذكر اسم الراوي ثم المجلد، ثم الجزء، ثم تحت أي كتاب، ثم الباب، ثم رقمه و الصفحة، وإن لم يوجد في هذه الكتب فإلى ما استطعت إليه سبيلا، وقد ميزته بــ(...).

ــ في الإحالة أذكر اسم الكتاب ثم المؤلف ثم معلومات الطبع(الطبعة،مكان النشر،دار النشر) في أول ذكر للكتاب فقط ثم الجزء والصفحة.

ــ النصوص المتصرف فيها بتلخيص أو تغيير لما تدعو إليه حاجة الإفادة اكتفيت بالتصريح بها في التهميش، وإن كان النقل حرفياً ميزته بــ"...".

ــ درس المسائل الفقهية على المذهب المالكي، مع مقارنتها مع المذاهب الثلاث، و ربما مذاهب أخرى.

ــ التعرض لرأي المشرع الجزائري، خاصة قانون الأسرة المعدل في 2005، مع مقارنته بقوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية ما أمكن.

قائمة الاختصارات :

ـــ ق.أ : قانون الأسرة الجزائري.

ـــ ق،م،ج : القانون المدني الجزائري.

ـــ ق،ج،ج : قانون الإجراءات الجزائية.

ـــ ق،م،ف : القانون المدني الفرنسي.

ـــ ج،ر : الجريدة الرسمية.

ـــ ط : الطبعة.

ـــ ج : الجزء.

ـــ ص : الصفحة.

ـــ مج : المجلد

ـــ[د،م]:دون مكان.

ـــ[د،ت]:دون تاريخ.

ـــ الآية {}، الحديث ( ).

.د: دكتور.

.أ:أستاذ.

.إ: الإمام.

الفصل التمهيدي: ماهية الضرر والتعويض

المبحث الأول:مفهوم الضرر وأنواعه

المطلب الأول: تعريف الضرر

الفرع الأول:لغة واصطلاحاً
الفرع الثاني: أنواع الضرر

المطلب الثاني: شروط ضبط الضرر

الفرع الأول: أن يكون الضرر محققاً
الفرع الثاني: أن يكون الضرر شخصياً
الفرع الثالث: أن يصيب حقاً أو مصلحة للمضرور
الفرع الرابع: أن يكون الضرر مباشرا

المبحث الأول:

مفهوم الضرر وأنواعه

المسؤولية المدنية: هي الالتزام بتعويض الضرر المترتب على الإخلال بالتزام أصلي سابق،والالتزامات الأصلية ينشأ بعضها عن العقد والبعض الآخر عن القانون، وشرط الضرر هو الشرارة الأولى التي ينبعث منها التفكير في مسألة من يتسبب فيه، والذي يقع على عاتقه مسؤولية التعويض.

ففي هذا المبحث سنتناول بالدراسة تعريف الضرر(المطلب الأول) وفيه الضرر لغةً واصطلاحاً(الفرع الأول)، وأنواع الضرر(الفرع الثاني)، أما شروط ضبط الضرر(المطلب الثاني) وفيه أربعة فروع، أن يكون محققاً(أولاً)، وشخصياً(ثانياً)، ويصيب حقاً(ثالثاً)، ومباشراً(رابعاً).

المطلب الأول:

تعريف الضرر

و من أجل ضبط أوسع وأشمل لمفهوم الضرر كان لزاماً علينا تعريفه لغةً واصطلاحاً.

الفرع الأول:

لغةً و اصطلاحاً

أولاً: الضرر في اللغة:

الضَّرُّ: ويضمُّ:ضدُّ النَّفْعِ، أو بالفتح: مَصْدَرٌ، وبالضم:اسمٌ، ضَرَّهُ و به وأضَرَّهُ و ضارَّهُ مُضارَّةً و ضِراراً.

والضَّرَارُ والضَّرَاءُ: القحط والشِّدَّةُ، و الضَّرَرُ: سُوءُ الحال، أو الضَّرَرُ: الضِّيِّقُ.[1]

و جاء في لسان العرب:

ضرر:في أسماء الله تعالى:النَّافعُ الضَّارُّ، وهو الذي ينفع من يشاء من خلقه ويضرّه حيث هو خالق الأشياء كلها: خيرها وشرها ونفعها وضرها.

الضُّرُّ والضُّرُّ لغتان: ضد النفع، والضَّرُّ المصدر، والضُّرُّ الاسم، وقيل هما لغتان كالشَّهْد والشُّهْد، فإذا جمعت بين الضَّرّ و النفع فتحت الضاد، وإذا أفردت الضُّرّ ضممت الضاد إذا لم تجعله مصدراً، كقولك ضررت ضرّاً، هكذا تستعمله العرب.

و المَضَرّةُ: خلاف المَنْفعة. وضَرَّهُ يَضُرّه ضرِاً وضَرّ بِه وأضَرّ به وضَارَّهُ مُضَارَّةً و ضِراراً بمعنى واحد،والاسم الضَّرَر.[1]

[1] ـــ القاموس المحيط،مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز أبادي الشيرازي الشافعي(ت 817ه)،بيروت دار الكتب العلمية،[د،ت]،ج02،باب الراء،فصل الضاد،ص.147.

1) من القرآن:

ورد الضرر ومشتقاته في آيات القرآن الكريم بمنع الإيذاء والاتلاف إلاّ بحق، وقد تناولت أنواع الضرر والإيذاء حيث أصلت لمنعه في الشريعة الإسلامية.

و منها قوله تعالى:{وَلَا تُفسدُوا فِي الأرض بَعدَ إِصلَاحِهَا}[2]،قال الضَّحاك: معناه لاتُعَوِّروا الماء المعين، ولا تقطعوا الشجر المثمر ضِراراً.[3]وفي معنى تقابل الضرر بالنفع قولـــــــــــه تعالى:{ قُلَ اَتَعْبُدُونَ مِن دُونِ اِللهِ مَا لَا يَمْلِكُ لَكُمْ ضَرّاً ولَا نَفْعاً وَاللهُ هُوَ اَلسَّمِيعُ العَلِيمُ}.[4]

وفي معنى سوء الحال والشدة والضيق قوله تعالى:{وَإِذَا مَسَّ اَلاِنسانَ اَلضُّرُّ دَعَانَا لِجَنبِهِ.....كَأَن لَّم يَدعُنَا إِلَى ضُرٍّ مَّسَّهُ }.[5]

وفي قوله تعالى:{... وَيَتَعَلَّمُونَ مَا يَضُرُّهُمْ وَلَا يَنْفَعُهُمْ...}،[6] قال الإمام ابن العربي في كتابه أحكام القرآن "وحقيقة الضرر عند أهل السنة كُلُّ ألم لا نفع يوازيه".[7]

2) من السنة:

---

1 . لسان العرب، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري،بيروت،دار صادر، [د،ت]،مج04، ج28،باب الضاد،ص.2573.

2ـــ سورة الأعراف،الآية 56.

3ـــ الجامع لأحكام القرآن،ابن عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي،بيروت،دارالإحياء التراث العربي،[د،ت]، ج07،ص.222 عورت عيون المياه :إذا دفنها وسددها.

4ـــ سورة المائدة، الآية 76.

5 ـــ سورة يونس،الآية12.

6ـــ سورة البقرة،الآية102.

7ـــ أحكام القرآن،لابي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي،بيروت،دار الكتاب العلمية،[د،ت]،المجلد الاول،ص.49.

و كذلك في السنة المطهرة تكرر لفظ الضرر منه ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:(لا ضَرَرَ و لا ضرارَ)[1].

ولكل واحد من اللفظين معنى غير الآخر:فمعنى قوله لا ضَرَرَ أي لا يَضُرّ الرجل أخاه، وهو ضد النفع، وقوله: ولا ضِرار أي لا يُضَارّ كل واحد منهما صاحبه، فالضِرَارُ منهما معا، وقيل الضرار أن يتراشق اثنان بما فيه مفسدة لهما، وهذه قاعدة كبرى أغلق بها رسول الله صلى الله عليه وسلم منافذ الضرر والفساد أمام المسلمين،[2]وينبغي أن يُحمل على هذا الإطلاق مفهوم الضرر حتى يدل على وجوب رفع الضرر دون تقييد بنوع منه دون الآخر.[3]

يقول ابن رجب في شرح هذا الحديث: الضرر هو الاسم، والضرار الفعل، فالمعنى أن الضرر نفسه منتف في الشرع، وإدخال الضرر بغير حق كذلك.[4]

وكل تلك المعاني مرجعها في حقيقة النظر إلى أشهرها وأكثرها تداولا واستعمالا،وهو ما كان ضد النفع أي خلاف المنفعة.

ثانياً: الضرر في الاصطلاح:

---

[1]ــ الموطأ،مالك بن انس،برواية يحي بن يحي بن كثير الليثي الاندلسي القرطبي،عين مليلة،دار الهدى،2011م،كتاب الاقضية،باب القضاء في المرفق،رقم1461،ص401.سنن ابن ماجه تصنيف:ابي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجه،تعليق:ناصرالدين الالباني،الرياض،مكتبة المعارف للنشر والتوزيع،كتاب الأحكام،باب من بنى في حقه ما يضربجاره،رقم2340،ص400.مسند الامام احمد بن حنبل،تحقيق:محمد عبد القادر عطا،بيروت،دار الكتب العلمية،2008، ج02،ص296،رقم2921.وفي السنن الكبرى،أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي تحقيق محمد عبد القادر عطا،ط03، بيروت،دار الكتب العلمية،1424ه،2003م، ج06،رقم11878،ص.258.

[2]ــ ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية،د.محمد سعيد رمضان البوطي،ط04،بيروت،دار الفكر،2007،ص.91.

[3]ــ ضمان العدوان في الفقه الاسلامي،أ.محمد احمد سراج،دار الثقافة للنشر والتوزيع،1410هـ ،1990م،ص.155.

[4]ــ جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم،زين الدين أبو الفرج عبد الرحمان بن شهاب الدين الشهير بابن رجب الحنبلي،تحقيق ماهر ياسين الفحل،بيروت،دار ابن كثير،1429هــ،2008م،الحديث32،ص.671.

1) الفقه الإسلامي:

وردت عدة تعريفات للضرر في الفقه الإسلامي جاءت في كتب بعض العلماء منها:

تعريف للإمام الطوفي: " إلحاق المفسدة بالغير مطلقاً "[1].

الإمام البوطي: " هو محاولة الإنسان إلحاق المفسدة بنفسه أو بغيره ".[2]

كذلك اختلف الفقهاء في التفريق بين الضرر والضرار على أقوال هي:

أ/ الضرر إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، والضرار إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة، دون ملاحظة الجزاء.

ب/ الضرر أن يدخل على غيره ضرراً بما ينتفع هو به، والضرار أن يدخل على غيره ضرراً بما لا منفعة له به[3].

والتعريف الجامع لماسبق هو:

"الضرر هو كل أذى يلحق الشخص سواء كان في مال متقوم محترم، أو جسم معصوم، أوعرض مصون"[4].

2) عند فقهاء القانون:

[1]. ينظر: رسالة في رعاية المصلحة، للإمام الطوفي(716هـ)، تحقيق: د.أحمد عبد الرحيم السايح، دار المصرية اللبنانية، 1413هـ ـــ 1993م، ص.23.

[2] ـ ضوابط المصلحة، د.البوطي، المرجع نفسه، ص.91.

[3]. المدخل الفقهي (القواعد الكلية و المؤيدات الشرعية)، د.أحمد الحجي الكردي، [د،م]، دار المعارف للطباعة، [د،ت]، ص.40.

[4] ـ التعويض عن الضرر في الفقه الاسلامي، د.محمد بن المدني بوساق، الرياض، دار إشبيليا، 1419هـ ـ 1999م، ص.28.

يعتبر الضرر الركن الثاني للمسؤولية، فلا يكفي لتحقيقها أن يقع الخطأ، بل يجب أن يُحدث الخطأ ضرراً،[1] بالإضافة إلى ركن العلاقة السببية بينهما.

وقد ورد في تعريف الضرر:هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقاً بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه واعتباره، أو غير ذلك.[2]

فيتضح من خلال هذا التعريف أن للضرر المادي وجهين أولهما: يمس بحقوقه المالية أو تفويت مصلحة مشروعة ذات صفة مالية، (متعلق بالذمة المالية للشخص) وثانيهما: يصيب الإنسان في سلامة جسده وحياته، (ضرر جسدي).

الفرع الثاني:

أنواع الضرر

ويتنوع الضرر إلى ثلاثة أقسام[3]:

أولها الضرر المالي: وهو الذي يتعلق بالمال، سواء بإتلافه كلياً أو جزئياً، أو بالاستيلاء عليه و التعدي على حيازة صاحبه.

والثاني: الضرر المتعلق بالبدن سواء كان ذلك بإتلاف النفس أو بقطع عضو من الأعضاء، أو إذهاب منفعة أو بجرح أو شجة.

ويمكن إدراج هذين النوعين الأولين ضمن مسمى الضرر المادي.

[1]ـــ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،د.عبد الرزاق السنهوري،ط03،بيروت،منشورات الحلبي الحقوقية،1998م،المجلد الثاني،ص.969.

[2]ـــ الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات،د.سليمان مرقس،ط05،القاهرة،ايريني للطباعة(مطبعة السلام) الحلفاوي،المجلد الثاني،ص.133.

[3]ـــ ضمان العدوان،أ.محمد أحمد سراج،المرجع السابق،ص-ص.155و156.

الثالث: وهو ما يطلق عليه الضرر الأدبي(المعنوي) الذي يتعلق بالعرض والشرف والسمعة، ولا شك ان حفظها من المصالح الضرورية التي فرض الشارع عقوبات زاجرة نتيجة التعدي عليها.

أولاً : الضرر المادي: le préjudice matériel

هو الذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله أو يترتب عليه انتقاص حقوقه المالية، أو تفويت مصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية، بمعنى أن نطاق التعويض يقتصر على الضرر الذي يلحق بالمال أي بالذمة المالية، وهذا النوع متفق على التعويض عنه بالإجماع.

وعرفه الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري: بأنه إخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية، ويجب أن يكون هذا الإخلال محققاً، ولا يكفي أن يكون محتملاً يقع أو لا يقع[1].

وعرفه الأستاذ الدكتور بلحاج العربي: الضرر الذي يمس الشخص في جسمه أو في ماله، فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب عن المساس بحق أو مصلحة سواء كان الحق حقا ماليا أو غير مالي[2].

ومثال الضرر المادي المساس بالحقوق الشخصية كالتعدي على الملك.

فالضرر المادي لتعويضه يجب توافر شرطين:

1ــ أن يكون ناشئاً عن الإخلال بمصلحة مشروعة للمضرور ذات قيمة مالية، فالمصلحة شرط للحصول على التعويض، أما غير المشروعة فلا يحميها القانون، كظاهرة المعاشرة الحرة أو المخادنة طبقاً للقوانين العربية والإسلامية.

2 ــ أن يكون الإخلال بالمصلحة محققاً لا احتماليا، التحقق من الإخلال بالمصلحة، يعني أن يكون الضرر قد وقع فعلاً أو سيقع حتماً كموت المضرور أو إصابته في جسمه أو ماله.

[1]ــ الوسيط،د.السنهوري،المرجع السابق،ص.970.

[2]ــ النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري،د.العربي بلحاج،ط04،الجزائر،ديوان المطبوعات الجامعية،الواقعة القانونية،2007،ج02،ص.145.

وقد ذكر بعض الفقهاء تقسيمات للضرر المادي كالضرر المستقبل و الضرر الاحتمالي.[1]

ثانياً : الضرر المعنوي: Préjudice moral

هذا النوع من الضرر يطلق في مقابل الضرر المادي الملموس المحسوس، ولفظ (المعنوي) في أصل وضعِهِ يُطلق على حقيقة الشيء غير المتشخصة، أي فحواه ومضمونه ودلالته.

و يلحق هذا اللفظ على سبيل الاتساع بما يسمى بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية، ليكون في العادة مقترناً بأضرار مادية، أو يلحق بالعاطفة أو الشعور بالآلام التي يحدثها في النفس والأحزان، ليقوم وحده غير مصحوب بأضرار مادية يكون قد ألحق أموراً أخرى غير ذات طبيعة مالية كالعقيدة.[2]

يقول الدكتور سليمان مرقس:"ويعتبر ضرراً أَدبياً [3]كل مساس بشرف الشخص واعتباره كما في القذف والسب، وكل ألم يصيب الإنسان في جسمه أو عاطفته كما في الضرب و الإهانة وقتل عزيز، كما يعتبر كذلك كل مساس بحق من حقوق الشخصية وفي مقدمتها الحق في الاسم والحق في الصورة والحق في احترام الحياة الخاصة، وبوجه عام كل اعتداء على حق كانتهاك حرمة ملك الغير، سواء ترتب على هذا المساس أو الاعتداء في جميع هذه الأحوال خسارة مالية أو لم تترتب".[4]

و أرجع الأستاذ السنهوري الضرر الأدبي إلى أحوال معينة:[5]

1ـــ ضرر يصيب الجسم، كالجروح أو تشويه الوجه أو الجسم بوجه عام.

---

[1]ـــ نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية،مقدم سعيد،الجزائر،المؤسسة الوطنية للكتاب،1992،ص-ص38و39 ،(بتصرف).

[2]ـــ نظرية التعويض،أ.مقدم سعيد،المرجع السابق،ص-ص.44،45.

[3]ـــ يسمى الضرر المعنوي أيضا بالضرر الأدبي.

[4]ـــ الوافي،د.سليمان مرقس،المرجع السابق،ص.137.

[5]ـــ الوسيط،د.السنهوري،المرجع السابق،ص.971.

2ــ ضرر يصيب الشرف والاعتبار والعرض، كالسب و القذف وهتك العرض.

3ــ ضرر يصيب العاطفة والشعور والحنان، كانتزاع الطفل من حضن أمه وخطفه.

4ــ ضرر يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له، حتى لو لم يصبه ضرر مادي من هذا الاعتداء[1].

وبما أن الضرر المعنوي لا تترتب عنه خسارة مالية فإن البعض عارض التعويض عن هذا النوع من الأضرار مستندين في ذلك إلى فكرة صعوبة تقويمه بالمال خلافاً للضرر المادي الذي يمكن للقاضي تقدير تعويضه، مما أثار الجدل الكبير حول مبدأ التعويض عنه وتناولت ذلك العديد من الدراسات.

إن الضرر المعنوي في جميع حالاته يجب أن يعوض، طالما توافرت شروطه،"و هي كالضرر المادي: ضرر محقق، و غير احتمالي".[2]

[1]ــ (هناك من قسم الضرر المعنوي إلى أضرار اعتبارية محضة أو أضرار معنوية تابعة للأضرار الحسية أو أضرار باعتبار متعلقه: مباشر وغير مباشر، فالمباشر:ما يصيب الإنسان نفسه من ضرر التشهير وإساءة السمعة وسرقة الإنتاج الذهني.أما غير المباشر:ما يصيبه في متعلقاته وتوابعه، كالأسرة من أمه وأخيه...) ينظر: التعويض عن الأضرار المعنوية في الفقه الإسلامي والقانون المدني،أ.عبد المجيد محمود الصلاحين.بحث مقدم بمجلة دراسات(علوم الشريعة والقانون).المجلد 31.عدد2.تشرين الثاني 2004.رمضان1425، الجامعة الاردنية ،ص-ص400و401.

[2]ــ الوسيط،د.السنهوري،المرجع السابق،ص.982.

المطلب الثاني:

شروط ضبط الضرر

يعتبر الضرر أهم ما ترتكز إليه المسؤولية من أركان، حيث لا مسؤولية بلا ضرر، ذلك إن الفعل الضار لا يوجب مسؤولية فاعله من الناحية المدنية إذا لم تترتب عليه تلك النتيجة.

والقول بمشروعية التعويض عن الأضرار ليس على إطلاقه، بل له ضوابط تضبطه و توجهه وفق ما جاء به التشريع الإسلامي و القانون ، وأهم هذه الشروط التي انتهى إليها البحث ما يلي:

الفرع الأول:

أن يكون الضرر محققاً

الضرر الذي يترتب على الفعل الضار يجب أولاً وقبل كلِ شيء أن يكون محققاً[1]، أي أنه ضرر وقع بالفعل أو أنه سيقع حتماً في المستقبل، ولكن الأمر ليس بهذا الوضوح في جميع حالات الفعل الضار، فمن الأفعال الضارة مالا يمكن معرفة الأضرار الناشئة عنها بشكل دقيق حال وقوعها وإنما قد تترتب عليه آثار بسيطة ما تلبث أن تتفاقم مع مرور الزمن، فالقضاء لا يستطيع أن يحدد جسامة تلك الأضرار في الحال وهذه هي الأضرار المستقبلية، وهي وإن تحققت أسبابها إلا أن نتائجها تراخت إلى المستقبل وهي بالرغم من ذلك تندرج تحت طائلة (الأضرار المحققة).[2]

---

[1]ـــ الوسيط،د.السنهوري،المرجع السابق،ص.971.

[2]ـــ الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة)،د.عزيز كاظم جبر،[د،م]،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ،1998،ص.35.

والمقصود بإطلاق (المحقق) هو ما ليس موهوماً ولا مظنوناً سواء كان التحقق في الحال أو في المآل ويطلق التسولي ــ رحمه الله ــ على غير المحقق لفظ المحتمل.

أما المظنون ظناً غالباً فإنه يلحق في الحكم بقطعي التحقيق، وتُرتِّب عليه أحكامه؛ وذلك لأمرين اثنين كما ذكر الإمام الشاطبي ــ رحمه الله ــ:[1]

أحدهما: أن الظن في أبواب العمليات جار مجرى العلم.

ثانيهما: أن المنصوص عليه في سد الذرائع ــ المفضية إلى النتائج الضّررية الممنوعة ــ داخلٌ في هذا القسم؛كقوله تعالى:{وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ...}.[2]

الفرع الثاني:

أن يكون الضرر شخصياً

كما يشترط أن يكون الضرر شخصياً[3]، ومعنى ذلك أن يكون الضرر قد أصاب الشخص المدعي فأنشاء له الحق في طلب التعويض بسبب الفعل الضار، و هذا لا ينفي التوكيل للمطالبة بهذا الحق، وإنما المقصود هو أن لا يتبرع شخصٌ ما بالمطالبة بتعويض شخص آخر لم يفوضه تفويضاً معتبراً بالمطالبة.

ويلاحظ أن الإجماع كان دائماً وما زال منعقداً دون أي شبهة أو تردد، على أن الحق في التعويض عن الضرر المادي ينتقل إلى الورثة دون قيد أو شرط سواء كان المضرور قد

[1] ــ الموافقات في أصول الفقه،أبو إسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي الشاطبي،شرح عبد الله دراز،بيروت،دار المعرفة،[د،ت]،ج02،ص.360.

[2] ــ سورة الأنعام،الآية 108.

[3] ــ الوافي،د.سليمان مرقس،المرجع السابق،ص.149.

حصل على حكم نهائي به قبل وفاته أو لم يكن، وسواء طالب به أو لم يطالب، طالما أنه لم يتنازل عن حقه حال حياته و لم يبرئ منه المسؤول عنه[1]

ـــ انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي:

جاءت المادة(222) من القانون المدني المصري مقرر لحق التعويض على أنه لا يتم إلا بإحدى طريقتين:

1ـــ أن يكون التعويض قد اتفق على مبدئه وعلى مقداره ما بين المضرور و المسؤول، فتحدد التعويض على هذا الوجه بمقتضى اتفاق بين الاثنين.

2ـــ أن يكون قد استعصى الاتفاق فلجأ المضرور إلى القضاء وطالب المسؤول بالتعويض، أي أنه رفع الدعوى فعلاً أمام المحاكم.[2]

الفرع الثالث:

أن يصيب حقاً أو مصلحة مشروعة للمتضرر

ولإمكانية المطالبة بجبر الضرر الناشئ عن الفعل الضار يجب أن يصيب الضرر حقاً أو مصلحةً مشروعة للمتضرر، وبناء على ذلك سنتكلم عن الحق أولاً، وعن المصلحة المالية ثانياً.

أولاً: إخلال بحق:

[1] ـــ نظرية التعويض،أ،مقدم سعيد،المرجع السابق،ص.216.

[2] ـــ الوسيط،د.السنهوري،المرجع السابق،ص.988.

لكل شخص الحق في السلامة: سلامة حياته وسلامة جسمه، فالتعدي على الحياة ضرر، والتعدي على الملك هو إخلال بحق ويعتبر ضرر بل هو أبلغ الضرر، وإتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم أو العقل بأي أذى آخر من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب أو يتكبد نفقة في العلاج هو أيضاً ضرر مادي.[1]

و هذا الحق سواء كان استئثاراً بشيء أو بقيمة استئثار يحميه القانون، أو كان مصلحة يحميها القانون، وسواء كان هذا الحق حقاً مالياً أو غير مالي فإن انتهاكه يرتب عنه مسؤولية جبر ما يمكن أن ينشأ عنه من ضرر.[2]

فالقانون الروماني ــ مثلاً ــ كان يجيز للمجني عليه في سرقة العبد قتل السارق إذا وقعت السرقة ليلاً فقتل العبد، هنا كان استعمالاً لحق من الحقوق التي خولها له القانون وهو حق الدفاع الشرعي عن النفس.[3]

ثانياً: إخلال بمصلحة مشروعة:

قد يكون الضرر إخلالاً بمصلحة مشروعة سواء كانت مالية أو غير ذلك، أما المصلحة غير المشروعة فلا يعتد بها، ولا يعتبر الإخلال بها ضرراً يستوجب التعويض،[4] فالمصلحة إذن شرط للحصول على التعويض عن الضرر الذي لحق بالمضرور.[5]

و قد عُرفت المصلحة على أنها "المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسهم وعقولهم، ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها"[1]، و أورد

[1] ــ الوسبط،د.السنهوري،المرجع نفسه،ص.971.

[2] ــ الضرر المرتد،د.عزيز كاظم جبر،المرجع السابق،ص.41.

[3] ــ التعويض عن الضرر الأدبي دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون،أ.أسامة السيد عبد السميع،الاسكندرية،دار الجامعة الجديد،2007،ص.140.

[4] ــ (فالخليلة لا يجوز أن تطالب بتعويض عن ضرر أصابها بفقد خليلها، لأن العلاقة فيما بينهما كانت غير مشروعة)الوسيط،د.السنهوري،المرجع السابق،ص.974.

[5] ــ نظرية التعويض،أ.مقدم سعيد،المرجع السابق،ص.38.

الأستاذ فتحي الدريني تعريفاً جامعاً لكل من الحق والمصلحة المشروعة :"اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة "[2].

مفردات التعريف:

الاختصاص: هو الانفراد و الاستئثار، فقد يكون المختص هو الله سبحانه وتعالى وقد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ويخرج بهذا الحقوق العامة على سبيل الاشتراك.

يقر به الشرع: يخرج به الاختصاص الواقعي لا غير الشرعي، فالغاصب اختصاص واقعي لا شرعي.

سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر: السلطة قرينة لا تنفك عن الاختصاص الذي أقره الشرع لصاحب الحق (الحق العيني) كحق الملكية...الخ، أو تكون سلطة لشخص منصبة على اقتضاء أداء من آخر كالثمن المؤجل أو منفعة الأجير(الحق الشخصي).

الأداء: قد يكون إيجابياً كالقيام بعمل، أو سلبياً كالامتناع عن عمل، كالعبادات والحدود وحقوق الأشخاص العينية والشخصية.

تحقيق لمصلحة معينة: متعلق بلفظ (يقر به الشرع) أي إقرار الشرع لهذا الاختصاص أسبغ عليه صفة المشروعية، حتى إذا اتخذ الشخص الحق وسيلة لتحقيق غرض يتنافى مع غاية الحق التي منح من أجلها، بأن اتخذه ذريعة للإضرار بالغير انسلخت صفة المشروعية عنه.

---

[1]ــــ ضوابط المصلحة،د.البوطي،المرجع السابق،ص.37.

[2]ــــ الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون،د.فتحي الدريني،بيروت،دار الفكر، [د،ت]،ص-ص.193و194.

الفرع الرابع:

أن يكون الضرر مباشراً

أي يكون الضرر قد نجم مباشرة عن فعل فاعل(الضرر المباشر) سواء كان ضرراً مادياً أو ضرراً أدبياً، وبعبارة أخرى يجب أن يكون الفاعل قد أتى عملا ماديا ترتب عنه الضرر، أي أن يقع عن طريق اتصال جسم الجاني بالمال الذي أتلفه مباشرة.[1]

و المباشرُ هو ما كان نتيجة طبيعية للفعل الضار أو العمل غير المشروع، ومن المهمّ هاهنا تقييد حالة المباشرة هذه بكون الفعل الضّارّ مما لا يستطيع المضرور أن يتوقاه ببذل جهد معقول داخل في نطاق الممكنات.[2]

يقول الإمام الشاطبي مؤكداً هذا المعنى:"الممنوعات في الشرع إذا وقعت فلا يكون إيقاعها من المكلف سبباً في الحيف عليه بزائد على ما شُرِع له من الزّواجر أو غيرها؛ كالغصب مثلاً إذا وقع فإنّ المغصوب منه لا بد أن يُوَفَّى حقه، لكن على وجه لا يؤدِّي إلى إضرار الغاصب فوق ما يليق به في العدل والإنصاف".[3] و من هنا نخلص إلى أنه إذا انتفت صفة أو شرط المباشرة عن الضرر، فإنه لا يصح إقامة الدعوى بالمطالبة بالتعويض عنه.

---

[1]ـــ التعويض عن الضرر،أ.أسامة السيد عبد السميع،المرجع السابق،ص.127.

[2]ـــ التعويض عن الأضرار،محمود الصلاحين،المرجع السابق،ص.406.

[3]ـــ الموافقات،الشاطبي،المرجع السابق،ص-ص.114و115.

المبحث الثاني: حقيقة التعويض وحكمه

المطلب الأول: تعريف التعويض

الفرع الأول: لغةً و اصطلاحاً

الفرع الثاني: التعويض المعنوي عبر التاريخ

المطلب الثاني: حكم التعويض عن الضرر المعنوي

الفرع الأول: القول بعدم مشروعية التعويض

الفرع الثاني: رأي القائلين بمشروعية التعويض

المبحث الثاني:

حقيقة التعويض وحكمه

بعد أن عرفنا مفهوم الضرر وأنواعه وشروط ضبطه، نتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم التعويض (الضمان)، من خلال تعريف التعويض(المطلب الأول)، وفيه التعويض لغةً واصطلاحاً(الفرع الأول)، والتعويض عبر التاريخ (الفرع الثاني)، أما حكم التعويض (المطلب الثاني)، وفيه القول بعدم المشروعية(الفرع الأول)، والقول بالمشروعية(الفرع الثاني)،مع الأخذ بعين الاعتبار أن الضرر المعنوي، لم يبحثه الفقهاء القدامى إلا النزر اليسير في بعض الإشارات إليه، بالإضافة إلى اختلاف الفقهاء المعاصرين فيه.

المطلب الأول:

تعريف التعويض

يشتمل هذا المطلب على تعريف التعويض لغةً وإصطلاحاً، مع إلقاء نظرة تاريخية عليه عبر الشرائع السابقة.

الفرع الأول:

لغةً و اصطلاحاً

أولاً: التعويض في اللغة:

العِوَض:الخلف والبدل، عاضني الله كذا ومنه و به و أعاضني وعوضني عِوَضاً و عَوْضا. و عياضا: أعطاني بدل ما ذهب، وتعوّض.و اعتاض: أخد العِوض،و استعاضه و منه:سأله العِوَض.[1]

والعَوْضُ: مصدر قولك عاضَه عوْضَاً وعياضاً ومعوضةً و عَوَّضَه و أعاضَه والاسم المَعُوضةُ.وفي حديث أبي هريرة : فلما أحل الله ذلك للمسلمين ـــ يعني الجزية ـــ عرفوا أنه قد عاضهم أفضل مما خافوا.و المستقبل التعويض.[2]

ثانياً: التعويض في الاصطلاح:

[1] ـــ الإفصاح في اللغة،حسين يوسف موسى وعبد الفتاح الصعيدي،ط02،بيروت،دار الفكر العربي، [د،ت]، ج01،ص-ص.136و137.

[2] ـــ ابن منظور،المرجع السابق،مج04،ج36،باب العين،ص.3170.

1) الفقه الإسلامي:

إن الفقهاء المتقدمين لم يستعملوا لفظ التعويض وإنما مصطلح الضمان أو التضمين وللضمان في الفقه معنيان[1].

المعنى الخاص:

استعمل جمهور الفقهاء المالكية والشافعية و الحنابلة كلمة الضمان بمعنى الكفالة (ويراد به ما يعم ضمان المال وضمان النفس)، وذلك عند التزام الكفيل بعقد الكفالة، لذلك تجد في كتبهم باب الكفالة في الفقه بعنوان الضمان.

المعنى العام:

ولهذا المعنى ما يفهم من كلام الإمام الغزالى "أن الضمان هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة "،[2]ومنها تعريف مجلة الأحكام العدلية:"الضمان إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات"، هذا التعريف حصر التعدي على الأموال و ايضاً لا يشمل الضمان الناشئ عن العقد كما لا يشمل ضمان الغصب.

2) عند فقهاء القانون:

[1] ـــ القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي،أ.حمد بن محمد ، الجابرالهاجري،ط01،[د،م]كنوزاشبيليا ،2008م ،مج01،ص.55.

[2]. نظرية الضمان أو احكام المسؤولية المدنية و الجنائية في الفقه الاسلامي، وهبة الزحيلى،ط04،دمشق،دار الفكر،2009.ص21.

لم يتعرض فقهاء القانون المدني لتعريف التعويض بوضوح أو وضع نصوص تبين تعريفه،ربما لان معناه واضحٌ لا يحتاج الى زيادة إيضاح فهو"ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من اصابه بضرر"، فهو جزاء المسؤولية[1].

وتُعَّرف المسؤولية[2] بالمعنى العام: أي موجب في تحمل الضرر المسبب للغير مدنياً،والواجب التعويض عنه عيناً أو بما يعادل ذلك (ولا سيما بدفع التعويض)[3].

والمقصود بالتعويض جبر الضرر الذي لحق المصاب، وهو يختلف في ذلك عن العقوبة ــ على جهة المقابلة ــ لأن هذه يقصد بها مجازاة الجاني على فعلته وردع غيره ويترتب على هذا الفرق تقدير التعويض بقدر الضرر في حين أن العقوبة تقدر بقدر خطأ الجاني ودرجة خطورته على المجتمع.[4]

الفرع الثاني:

[1]ــ حق التعويض المدني بين الفقه الاسلامي والقانون المدني،أ.محمد فتح الله النشار،[د،م]،دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002،ص.35.

[2]ــ المسؤولية: (اصطلاح قانوني، وهو مصدر صناعي معناه كون الانسان مؤاخذاً مسؤولاً عن اعماله)، نظرية الضمان،د.وهبة الزحيلي،المرجع نفسه،ص.6.

[3]ــ معجم المصطلاحات القانونية،جيرار كورنو،ترجمة،أ.منصور القاضي،[د،م]،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،1418هــ/1998م،ص.391.

[4]ــ الوافي،د.سليمان مرقس،المرجع السابق،ص.507.

التعويض الأدبي عبر التاريخ

أولاً: التعويض في القانون الروماني:

أجاز القانون الروماني التعويض عن الضرر الأدبي في أحوال كثيرة في نطاق كل من المسؤوليتين العقدية و التقصيرية ، وقد أقر القضاء في ذلك العهد أن ثمة أموراً في حياة الإنسانية تستأهل التقدير وحماية القانون ولو لم تتصل بقيمة مالية.[1]

حيث ذهب فقهاء الرومان إلى القول بأن الضرر الأدبي الذي ينتج عن المساس بالسمعة أو العاطفة لا يكون محلاً للتعويض إلا إذا كان هذا الفعل الذي ارتكبه الجاني في حق المجني عليه معاقباً جنائياً، من ذلك دعوى التعويض عن الضرر الواقع على الإنسان التي منحها البريتور للمجني عليه في حالات السب والقذف.[2]

نخلص إلى القول بأن القانون الروماني أدرك ضرورة تعويض الأضرار المعنوية في وقت جد متقدم من الحضارة، وأهم ما يلاحظ على مختلف الدعاوى المعروفة آنذاك أنه كان لها طابعان، ترضية الضحية ومعاقبة المسؤول في الوقت ذاته ، إذ ظلت طبيعة التعويض ملتصقة بفكرة العقاب.[3]

ثانياً: التعويض في القانون الفرنسي:

[1]ـــ ينظر:رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النجاح (نابلس)بعنوان ـــ التعويض عن الضرر الأدبي ـــ باسل محمد يوسف قبها. منشور على الانترنيت على الرابط.
scholar.najah.edu/sites/default/files/all-thesis/identi

[2]ـــ التعويض عن الضرر،أ.أسامة السيد عبد السميع،المرجع السابق،ص.110.

[3]ـــ نظرية التعويض،أ.مقدم سعيد،المرجع السابق،ص.60.

في ظل القانون الفرنسي القديم عرف مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن المسؤولية التقصيرية، ولكن لم يطبق هذا المبدأ على الضرر الناشئ عن المسؤولية العقدية، وذلك خلافاً لما كان عليه الحال في العصر الأخير للقانون الروماني[1].

أما نصوص التقنين الفرنسي الحديث في عمومها وإطلاقها تسمح بالتعويض الأدبي بقدر ما تسمح بالتعويض عن الضرر المادي، و قد وطده في أحكام كثيرة،[2] رغم عدم وجود نص صريح على المبدأ في هذا التقنين، و إنما إستقرت المجالس القضائية على مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي إبتداءً من قرار 05جوان1933م،الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، حيث أصبحت المجالس القضائية لا تفرق بين تعويض الضررين.[3]

ثالثاً: التعويض في القوانين العربية:

في مصر استقر الفقه والقضاء على جواز التعويض عن الضرر الأدبي، ثم أتى التقنين المدني الجديد فأكد هذا الحكم[4]، إذ نصت المادة 222 على ما يأتي:

"يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء".

وكان قد سبقها في هذا الصدد التقنين المدني التونسي ثم التقنين المدني المغربي، حيث جعلا في المادتين 82،83،77،78 الضرر الأدبي على قدم المساواة مع الضرر المادي في وجوب التعويض، ثم تلاهما التقنين المدني اللبناني، حيث نصت المادة 2/134 منه على أن الضرر الأدبي يعتد بالضرر المادي[5].

رابعاً: التعويض في القانون الجزائري:

---

[1]ــ الحق في التعويض عن الضرر الأدبي،د.ياسين محمد يحي،القاهرة،دار النهضة العربية،1991م،ص.26.

[2]ــ الوسيط،د.السنهوري،المرجع السابق،ص.983.

[3]ــ تعويض الضرر المعنوي،أ.حكيمة بعطوش،نشرة القضاة،1995،العدد47،ص.81.

[4]ــ الوسيط،د.السنهوري،المرجع نفسه،ص.985.

[5]ــ التعويض عن الضرر،د.أسامة السيد عبد السميع،المرجع السابق،ص.123.

جـــاء المشـــرع الجزائـــري بـــنص عـــام تضـــمنته المـــادة124ق،م،ج،الـــتي تقابلهاالمادة1382ق،م،ف، وهذه المادة جاءت مطلقة، لا تميز بين الضرر المادي و الضـــرر المعنوي، ولما كان المبدأ العام للتفسير القانوني يقضي بأنه لا ينبغي أن نميز طالما أن القـــانون لم يميز، نقول بأن التقنين المدني الجزائري رغم حداثته لم يأت بنص يقضي بمبدأ التعويض عـــن الضرر المعنوي[1].

بالرجوع إلى نصوص المشرع الجزائري، نجد المادة 131ق،م،ج،[2]تنص على"يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأ حكام المادة182...".

تنص المادة182 من القانون المدني على"إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب" ويظهر من نص المادة أن المشرع الجزائري لا يأخذ إلا بالتعويض عن الضرر المادي ذلك أن عنصري ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب هما عنصران للضرر المادي[3].

لكن ما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه أغفل النص على التعويض عن الضرر المعنوي في القانون المدني، رغم أنه الشريعة العامة، ونص عليه في قوانين خاصة نذكر منها على سبيل المثال الأمر رقم 74-15،المتعلق بالزامية التأمين على السيارات[4]، وبنظام التعويض عن الأضرار المعدل والمتمم بالقانون رقم 88-91،الذي جاء في نصوصه بالتعويض عن الضرر المعنوي، وقانون الأسرة[5]الذي نص على جواز التعويض عن الضرر المعنوي،المادة 05 "...إذا

---

[1] ــ التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية،السعيد مقدم،رسالة ماجيستير في العقود والمسؤولية المدنية،جامعة الجزائر،ص.117.

[2]ــ الأمر رقم 75 ــ 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بعدة قوانين.

[3]ــ نظرية التعويض،أ.مقدم السعيد،المرجع السابق،ص163.

[4] ــ الأمر رقم:74-15،المؤرخ في:30جانفي 1974م،المعدل والمتمم بالقانون رقم:88-91،والمتعلق بإلزامية التأمين عن السيارات وبتنظيم التعويض عن الأضرار المادية والجسمانية الناجمة عن حوادث السيارات.

[5]ــ القانون رقم 84-11،المؤرخ في:1984/06/09م،المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم:05-02،المؤرخ في 2005/02/27م،ج،ر،رقم:15لسنة2005م،المؤرخة في:18محرم1426هـــ،الموافق لـــ:27فبراير2005م،وقد تم إقراره من طرف البرلمان بموجب القانون رقم: 05-09 المؤرخ في:25ربيع الأول

"...إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".

كما أن المشرع من خلال المادة 03 الفقرة الرابعة من ق،ج،ج[1]. نص على التعويض عن الضرر المعنوي حيث جاء فيها "...تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية، مادامت ناجمة عن الوقائع موضوع التراع"، كما يستفاد من هذا النص أن الدعوى المدنية لا تقبل إلا إذا كانت مرتبطة بالدعوى العمومية، سواء كان الضرر موضوع التعويض مادياً أو معنوياً، ومتى كان ذلك كان له الحق في التعويض عن الضرر المعنوي.

المطلب الثاني:

حكم التعويض عن الضرر المعنوي

1426هـ،الموافق لـ:04 ماي2005م،ج،ر، رقم:43 لسنة2005م،المؤرخة في:15جمادى الاولى1426هـ،الموافق لـ:22جوان 2005م.

[1].الأمر رقم:66-155،المؤرخ في:08 يونيو1966م،و المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.ج،ر،رقم:48لسنة1966م،المؤرخة في:20صفر1386ه،الموافق لـ:10جوان1966م.

إذا كان التعويض عن الضرر المادي لا خلاف فيه بين الفقهاء، فإن الأمر يختلف بالنسبة لضرر الأدبي(المعنوي)[1]، فمسمى الضرر الأدبي لم يكن معروفا لدى الفقهاء القدامى وإنما برز مسماه في ساحة الدراسات الفقهية المقارنة،بعد استحداثه في التشريعات الوضعية[2]، فقد كان ولا يزال محل جدال كبير في الفقه والقضاء، و قبل بيان الأدلة و الآراء التي تنهض بمشروعية التعويض عن الأضرار المعنوية، لابد أن نذكر بأن المشروعية ليست مطلقة وشاملة، وإنما تثبت في ضوء شروط وضوابط كمقيدات لمشروعية هذا التضمين.

الفرع الأول:

القول بعدم مشروعية التعويض

أسس أصحاب هذا الرأي وجهة نظرهم على أن التعويض بالمال يقوم على الجبر بالضرر، وذلك بإحلال مال محل مال، إزالة للضرر وجبراً للنقص، ولرد الحال إلى ما كان عليه[3].

وقد انصبت أدلة المانعين الذين استدلوا عليها من المعقول في نقاط أهمها[4]:

أولاً: أنه في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي بالمال تعزيراً بالمال، و التعزير بأخذ المال لا يجوز في الراجح عند الأئمة لما فيه من تسلط الظلمة على أخذ مال الناس فيأكلونه بغير حق، وهذا منهي عنه قال تعالى:{ وَلا تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ}[5].

[1] ـــ (وقد اختلف في كون هذا التعويض نوع من العقوبة الخاصة،أم تعويض حقيقي يقوم بجبر الضرر)ينظر:التعويض عن الاضرار الادبية المتعلقة بحياة الانسان،أ.محمد السيد السيد الدسوقي،دار الجامعة الجديدة،2007،ص-ص.54و56و57.

[2] ـــ الضرر الادبي ومدى ضمانه في الفقه الاسلامي والقانون،دراسة مقارنة،د.عبد الله مبروك النجار،القاهرة،ط01،،دار النهضة العربية،1990م،ص347.

[3] ـــ التعويض عن الضرر،أ.أسامة السيد عبد السميع،المرجع السابق،ص.194.

[4] ـــ الضرر الأدبي،د.عبد الله مبروك النجار،المرجع السابق،ص.372.

[5] ـــ سورة البقرة،الآية188.

و قال أيضاً:{ يَاأَيُّهَا اَلذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةٌ عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ}[1]،و التعزير بأخذ المال نسخ[2].

عرض كلام الأئمة في مسألة التعزير: [3]

1 ــ الشافعية: من استحق التعزير بارتكاب ما لا حد فيه من الجنايات أو المحرمات كان للإمام أن يعزره بضرب أو سجن أو تغريب أو تشهير بين الناس أو إغلاظ له في القول و لم يزيدوا على هذه المسائل.

جاء في المهذب[4]: (...وأن منعها بُخلاً أُخذت منه وعزر(أي بوجه من أوجه التعزير السابقة))، وقال في القديم : تؤخذ الزكاة وشطر ماله عقوبة له، لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده رضي الله عنهم[5]،والصحيح وهو الأول.

2 ــ الحنفية:

جاء في تنوير الأبصار(...ويكون بالضرب و الحبس والصفع و فرك الأُذن وبالكلام العنيف وينظر القاضي إليه بوجه عبوس...، لا بأخذ المال في المذهب).

[1] ــ سورة النساء،الآية29.

[2] .حاشية ابن عابدين،علاء الدين محمد بن علي عابدين،شمس الدين التمرتاسي،بيروت،دار المعرفة،2000، ج04،ص.61.

[3] ــ محاضرات في الفقه المقارن،د.محمد سعيد رمضان البوطي،ط02،دار الفكر المعاصر،2006،ص.153.

[4] . المهذب في فقه الإمام الشافعي،لأبي إسحاق الشيرازي(393هــ/476هــ)،تحقيق،د.محمد الزحيلي،دمشق،دار القلم،1416ه-1996م، ج 01،ص.460.

[5] ــ الحديث:قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (في كل إبل سائمة في كل أربعين ابنة لبون لا يفرق إبل عن حسابها، حسابها، من أعطاها مؤتجرا فله أجرها، ومن أبى فإنا اخذوها وشطر إبله عزمة من عزمات ربنا، لا يحل لآل محمد صلى الله عليه وسلم منها شئ) سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الامام السندى، أبو عبد الرحمان أحمد بن شعيب بن علي بن بحر النسائي،بيروت،دار الفكر،ط1348،1هـــ،1930م،مج 03، ج05، كتاب الزكاة،باب عقوبة مانع الزكاة،ص.15

وما روي عن الإمام أبي يوسف صاحب أبي حنيفة من أنه جوز للسلطان التعزير بأخذ المال، فقال البزازي من أئمة الحنفية(فيما معناه): أن يمسك المال عنده مدة ليترجر ثم يعيده إليه، لا أن يأخذه لنفسه أو لبيت المال كما يَتوهمه الظلمة.

3 ـــ المالكية:

لم يقع خلاف عند المالكية في أنه لا يجوز التعزير بأخذ المال، حيث قال العلامة الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير للدرديري[1] تعليقاً على قوله [...وقد يكون(التعزير) بغير ذلك،أي كإتلافه لما يملكه كإراقة اللَّبن على من غشه حيث كان يسيراً، ولا يجوز التعزير بأخذ المال إجماعاً].

4 ـــ الحنابلة:

قال ابن قدامة:(و التعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ ولا يجوز قطع شئ منه ولا أحذ ماله، لان الشرع لم يَرد بشئ من ذلك عن أحد يقتدى به، ولأن الواجب أحب، والتأديب لا يكون بالإتلاف)[2].

ثانياً: أن في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي مخالفة شرعية صارخة، حيث ينطوي هذا التقدير على إضافة تعويض آخر، زائد عما حدده الله ورسوله فوق الدية المقدرة شرعاً، تحت مسمى الضرر الأدبي.

ثالثاً: أن الضرر الأدبي الخالي من الآثار المالية هو من الأمور الاعتبارية اعتباراً محضاً، وذلك كالشرف والسمعة من ثم كان غير صالح للتعويض عنه بالمال و الأولى به أن يخضع لقواعد التعزير الشرعي[1].

---

[1]ـــ حاشية الدسوقي،شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي احمد الدردير،[د،م]،دار الفكر،[د،ت]،ج04،ص.355.

[2]ـــ المغني ،موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد ابن قدامة المتوفى سنة 620ه،تحقيق:عبد الله بن محسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو،الرياض،دار عالم الكتب ،[د،ت]،ج10،ص.348.

أهم الإعتراضات الواردة على أصحاب هذا الرأي:

- إن معالجة الضرر الأدبي بالتعزير الزاجر و ليس بالتعويض المالي محل نظر، حيث قدر بعض الفقهاء صراحة جواز التعزير بأحذ المال، فقد جاء في معين الحكام للطرابلسي أن(التعزير لا يختص بفعل معين، ويجوز التعزير بأخذ المال، وهو مذهب أبي يوسف و به قال مالك، و من قال إن العقوبة المالية منسوخة فقد غلط نقلاً و استدلالا، وليس يسهل دعوى نسخها)[2].

- أما قول المانعين أن شرف الإنسان وسمعته ليست مالا متقوماً يعوض بمال آخر إذا اعتدي عليه فإنه محل نظر، ذلك أن شرف الإنسان وسمعته يمثلان حقاً من أسمى حقوق الإنسان وأعظمها خطرا في حياته، بل فد يكون الألم الذي يصيبه أقوى من الضرر المالي.

- ثم إن الغرض من التعويض ليس إحداث تقابل بين قيم مالية مفقودة من جراء الضرر، وإحلال مال آخر محلها، إنما الغرض من التعويض محو آثار الضرر من نفس المضرور، وهذا المعنى موجود في الضرر الأدبي بقدر ما هو موجود في الضرر المادي[3].

- وقولهم إن هذا الأمر زائد على ما قرره الله ورسوله فوق الدية المعتبرة شرعاً تحت مسمى الضرر الأدبي، يمكن أن يقال لهم إن ما تقولونه أمر صواب ونوافقكم عليه، إلا أنه يمكن تلافيه من خلال تنظيم التعويض عن الضرر الأدبي بحيث لا يتجاوز قواعده الحدود الشرعية التي ورد فيها تقدير الشارع.[4]

الفرع الثاني:

رأي القائلين بمشروعية التعويض

1ـــ الضرر الأدبي،د.عبد الله مبروك النجار،المرجع السابق،ص373، وينظر في هذا المعنى أيضاً: محاضرات،د.محمد سعيد رمضان البوطي،المرجع السابق،ص-ص.154و155.

2ـــ التعويض عن الضرر،أ.أسامة السيد عبد السميع،المرجع السابق،ص.197،نقلاً عن تبصرة الحكام في الأقضية و مناهج الأحكام للقاضي ابن فرحون المالكي،ج2،ص.212.

3ـــ الضرر الأدبي،د.عبد الله مبروك النجار،المرجع نفسه،ص.376.

4ـــ الضرر الأدبي،د.عبد الله مبروك النجار،المرجع نفس،ص.386.

يسند هذا الرأي لغالبية الفقهاء المعاصرين،[1] ومجمل قولهم: أن الضرر الأدبي ينطوي على اعتداء على حق يجب ضمانه والمحافظة عليه، وقد استدل أصحاب هذا الرأي بأدلة شرعية تحرم الضرر في عمومها، وهي نصوص تكتسي طابع العموم والتجريد، و قصرها على الأضرار المادية أمرٌ غير صحيح.

أولاً: الأدلة من القرآن الكريم:

إستدل القائلون بعموم الآيات القرآنية، التي أجازت بإطلاقها و مضمونها التعويض عن الضرر سواء كان مادياً أو بدنياً أو أدبياً ومن هذه الآيات:

1ـــ قوله تعالى:{فَمَنِ اِعتَدى عَلَيكُم فَاعتَدُواْ عَلَيهِ بِمِثلِ مَا اَعتَدى عَلَيكُم}[2].

وجه الدلالة:

دلت هذه الآية على أن الأصل في القصاص هو المماثلة، فمن قتل بشيء قتل به، فمن قتل بحديدة قتل بها، ومن قتل بحجر قتل به ولا يتعدى قدر الواجب[3]، إما بالمباشرة إن أمكن

وإما بالحُكّام، واختلف في المكافأة هل تسمى عدواناً أم لا[4].

[1] ـــ من هؤلاء:فوزى فيض الله.فتحي الدريني.محمود شلتوت.عبد الله النجار.وغيرهم ـــ أنظر: التعويض عن الضرر،أ.أسامة السبد عبد السميع،المرجع السابق،ص.166.

[2] ـــ سورة البقرة،الآية194.

[3] ـــ ينظر هذا المعنى:الجامع،للقرطبي،المرجع السابق،مج10، ج02،ص.265.أحكام القرآن،لابن العربي،المرجع السابق،ص.176.

[4] ـــ مسألة:من قال ليس في القرآن مجاز قال: المقابلة عدوان،وهو عدوان مباح، كما أن المجاز في كلام العرب كذب مباح لقول القائل:"فقالت له العينان سمعاً وطاعة"والمعلوم أن هذه الأشياء لا تنطق.وحَدُّ الكذب: إخبار عن الشئ على خلاف ما هو عليه ـــ و من قال في القرآن مجاز سمى هذا عدواناً على طريق المجاز ومقابلة الكلام بمثله، كما قال عمرو بن كلثوم:

"ألا لا يجهلن أحد علينا * فنجهل فوق جهل الجاهلينا "/ الجامع،للقرطبي،المرجع نفسه،مج01، ج02،المسألة الخامسة،ص.246.

قال ابن العربي[1]:"هذا دليل على أن لك أن تبيح دم من أباح دمك، وتحل مال من استحل مالك، ومن أخذ عرضك فخذ عرضه بمقدار ما قال فيك"، ولذلك تفصيل:

ــ في الدم: لا يكون ذلك إلا بحكم حاكم.

ــ في المال: إذا تمكنت منه، وأمنت من أن تعد سارقاً.

ــ في العرض: لا تتعداه إلى أبيه ولا ابنه أو قريبه.

2ــ قوله تعالى:{وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦ}[2].

وجه الدلالة:

لا يختلف وجه الدلالة في هذه الآية عن سابقتها، فالمعتدى عليه إذا أراد أن يعاقب لا يتجاوز المثل، فمن أصيب بظلامة ثم تمكن من فاعلها لا ينال من ظالمه إلا مثل ظلامته لا يتعداه إلى غيره[3].

3 ــ قوله تعالى:{وَ جَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَا}[4].

وجه الدلالة:

فقد دلت هذه الآية على أن الإنسان إذا أراد أن ينتصر ممن ظلمه فلا ينبغي أن يتجاوز أو يتعدى، قال ابن أبي نجيح: إنه محمول على المقابلة في الجراح[5]، وقال السدي:إنما مدح الله من انتصر ممن بغى عليه من غير اعتداء بالزيادة على مقدار ما فُعِلَ به، يعني كما كانت العرب تفعله[6].

---

[1]ــ أحكام القرآن، لابن العربي،المرجع نفسه،مج01،ص-ص.158و159.

[2]ــ سورة النحل،الآية 126.

[3]ــ الجامع،للقرطبي،المرجع السابق،مج05، ج10،ص.132.

[4]ــ سورة الشورى،الآية 40.

[5]ــ أحكام القرآن،لابن العربي،المرجع السابق،المجلد04،ص.93.

[6]ــ الجامع،القرطبي،المرجع نفسه،مج 08، ج16،ص.27و28.

ثانياً: الأدلة من السنة:

1 ــ عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:(...كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه)[1].

2 ــ وبما رواه أبو بكرة نفيع بن الحارث رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قد خطب في الناس يوم النحر في حجة الوداع وقال:(...إن دماءكم و أموالكم و أعراضكم عليكم حرام،كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا...)[2].

وجه الدلالة:

جاء تحريم العرض في الحديثين الشريفين معطوفاً على أمرين لا يخالف فقيه على تقدير مبدأ الضمان فيهما إجمالاً، فدل ذلك على أن المعطوف وهو العرض له حكم ما عطف عليه في الضمان، وإذا كان العرض يغلب في جانب الحق الأدبي يكون الحديثان دالين على جواز الضمان في حالة التعدي عليه[3].

3 ــ وبما روي عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها: (أن النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعَثَ أَبَا جَهْمِ بْنَ حُذَيْفَةَ مُصَدِّقًا فَلَاجَّهُ رَجُلٌ فِي صَدَقَتِهِ فَضَرَبَهُ أَبُو جَهْمٍ فَشَجَّهُ فَأَتَوْا النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالُوا الْقَوَدَ يَا رَسُولَ اللَّهِ فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَكُمْ كَذَا وَكَذَا فَلَمْ يَرْضَوْا فَقَالَ لَكُمْ كَذَا وَكَذَا فَلَمْ يَرْضَوْا فَقَالَ لَكُمْ كَذَا وَكَذَا فَرَضُوا فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِنِّي خَاطِبٌ الْعَشِيَّةَ عَلَى النَّاسِ وَمُخْبِرُهُمْ بِرِضَاكُمْ فَقَالُوا نَعَمْ فَخَطَبَ رَسُولُ اللَّهِ فَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِنَّ هَؤُلَاءِ اللَّيْثِيِّينَ أَتَوْنِي يُرِيدُونَ الْقَوَدَ فَعَرَضْتُ عَلَيْهِمْ كَذَا وَكَذَا فَرَضُوا أَرَضِيتُمْ قَالُوا لَا فَهَمَّ الْمُهَاجِرُونَ بِهِمْ فَأَمَرَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَكُفُّوا عَنْهُمْ

---

[1]. الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم،أبو الحسن مسلم بن الحجاج ،بيروت، دارالمعرفة،[د،ت]،مج04، ج08، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم ظلم المسلم،ص.10.

[2]ــ أخرجه مسلم في صحيح،مج05، ج09، كتاب القسامةوالمحاربين والقصاص والديات، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال،ص.32.

[3]ــ الضرر الأدبي،د.عبد الله مبروك النجار،المرجع السابق،ص.364.

فَكَفُّوا ثُمَّ دَعَاهُمْ فَزَادَهُمْ فَقَالَ أَرَضِيتُمْ فَقَالُوا نَعَمْ قَالَ إِنِّي خَاطِبٌ عَلَى النَّاسِ وَمُخْبِرُهُمْ بِرِضَاكُمْ قَالُوا نَعَمْ فَخَطَبَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ أَرَضِيتُمْ قَالُوا نَعَمْ)[1].

وجه الدلالة:

أن النبي صلى الله عليه وسلم قد قدر للفعل الضار الواقع من أبي جهم ضماناً مالياً ارتضاه الذين وقع عليهم، ولو كان فيه الأرش فقط دون التعويض لما حكم به، والحكم يراعي في هذه الحادثة شقي الضرر وهما:

1- التخريب الظاهر للوجه و الألم الناجم عنه.

2- ألم أهله عليه

فدل ذلك على جواز التعويض عن الفعل الضار بالمال حتى لو كان ضرراً أدبياً[2].

ثالثاً: الأدلة من آثار الصحابة:

1 ـــ روى ابن حزم: أن حلاقاً كان يقص لعمر بن الخطاب بعض شعره فأفزعه عمر فضرط الرجل من الفزع فقال عمر رضي الله عنه: أما أنا لم نرد هذا، (أي لم يقصد إفزاع الرجل) ولكنا سنعقلها: فأعطاه أربعين درهماً.[3]

[1] ـــ سنن أبي داود،للإمام الحافظ ابي داود سليمان بن الأشعث،تعليق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد،بيروت،دار ابن حزم،1418هـــ 1997م،رقم 4534ج04ص.436،وابن ماجه،كتاب الديات،باب الجارح يفندي بالقود،رقم2638،ص.449،ومسند الامام احمد،مسند عائشة رضى الله عنها ،ج10،رقم26711،ص.541، البيهقي،ج08،رقم16022،ص.87.

[2] ـــ ينظر في هذا المعنى:اعلام الموقعين عن رب العالمين للامام ابي عبد الله ابن القيم الجوزية،تقديم ابو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان،ط01،الدمام،دار ابن الجوزي،1423هـــ،مج03،ص.72.

[3] ـــ المحلى بالآثار،ابي محمد ابن حزم،تحقيق احمد محمد شاكر،بيروت،دار الجيل،دار الافاق الجديدة،[د،ت].ج10.ص.459.

2 ــ وبما روي أن عمر بعث إلى امرأة مغيبة[1]، كان رجل يدخل عليها، فقالت: يا ويلها، ما لها و لعمر، فبينما هي في الطريق إذ فزعت فضربها الطلق، فألقت ولداً فصاح الصبي صيحتين، ثم مات،فاستشار عمر أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء، إنما أنت والٍ مؤدب، وصمت علي فأقبل عليه عمر فقال: ما تقول يا أبا الحسن؟، فقال: إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك، إن ديته عليك لأنك أفزعتها فألقته، فقال عمر: أقسمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قومك.[2]

وجه الدلالة:

فهذا دليل صريح على جواز التعويض عن الضرر الأدبي، حيث إن ما فعله الفاروق عمر بن الخطاب رضى الله عنه من تعويض الحلاق عن خوفه من تنحنحه حتى أحدث بأربعين درهما، وقرر ضمان الجنين الذى سقط بسببٍ من قِبله وهو الإفزاع والخوف الذي يعد من قبيل الضرر الأدبي غير المالي، والضمان في هذيين الأثرين يدل على الجواز.[3]

خلاصة القول:

لقد أجملنا الكلام عن النصوص التي استدل بها القائلون بالتعويض عن الضرر الأدبي، حيث اننا لم نذكرها كلها تجنباً للحشو، و قد اقتصرنا على بعضها في كل من السنة وما أُثر عن الصحابة الكرام، والتي حرمت في مجموعها الاعتداء على الأعراض والنيل منها، و أوجبت معاقبة من اقترف ذلك، ومن ثم يكون الضرر الأدبي جائزاً للتعويض، إلا أن يعفو المعتدى عليه، كما يُعد التعويض زاجراً ورادعاً لحفظ أعراض الناس ومنع التطاول عليها.

[1]ــ كان زوجها غائباً في سفر ونحوه، ويقابل المغيبة:المشهد: وهي التي زوجها شاهد حاضر.

[2]ــ أخرجه البيهقي ج08،رقم16426،ص.202.

[3]ــ ينظر في هذا المعنى: الضرر الأدبي،د.عبد الله مبروك النجار،المرجع السابق،ص.367.التعويض عن الضرر،أ.أسامة السيد عبد السميع،المرجع السابق،ص.187.

الفصل الأول:
التعويض عن الضرر في الخطبة

المبحث الأول: الخطبة و أحكامها

المطلب الأول:تعريف الخطبة

الفرع الأول:الخطبة لغةً واصطلاحاً

الفرع الثاني:الحكمة من الخطبة و أنواعها

المطلب الثاني:أحكام تتعلق بالخطبة

الفرع الأول:شروط المخطوبة

الفرع الثاني:حكم النظر إلى المخطوبة ووقته

المبحث الأول:

الخطبة وأحكامها

لما كان الزواج من أخطر العقود التي يجريها الإنسان في حياته، ومن أهم التصرفات ذات الشأن العظيم، اختصه الشارع بمقدمات تمهيدية قبل إبرام هذا العقد، والمسمى في لسان الفقه بالخطبة، وذلك ما سنتناوله في هذا المبحث بالإضافة إلى أحكام تتعلق بها، فمفهوم الخطبة(المطلب الأول)، فيه التعريف لغةً واصطلاحاً(الفرع الأول)، و الحكمة منها وأنواعها(الفرع الثاني)، أما العدول عن الخطبة(المطلب الثاني)، فيه شروط المخطوبة(الفرع الأول)، وحكم النظر إلى المخطوبة ووقته(الفرع الثاني).

المطلب الأول:

تعريف الخطبة

للوقوف على مفهوم الخطبة سنعرج على التعريف اللغوي والاصطلاحي زيادة على ذلك الحكمة منها وأنواعها.

الفرع الأول:

الخطبة لغةً واصطلاحاً

أولاً: الخطبة في اللغة:

الخطبة: هي مصدر للفعل الثلاثي خَطَبَ، والخَطْبُ: الشأن و الأَمْرُ، صغر أو عَظُم، والخُطْبَة مَصْدَرُ الخَطيبِ، وهو اسمٌ للكلام، الذي يتكلم به الخَطيب، فيُوضَعُ موضِعَ المَصْدر، وخَطَبْتُ على المِنْبَرِ خُطْبةً، بالضم، وخَطَبْتُ المرأَةَ خِطْبةً بالكَسْرِ(طلبت المرأة لزواج)، وذهب أبو إسحاق إلى أن الخُطْبَة عندْ العَرَب: الكلامُ المَنْثُورُ المسَجَّع ونحوه[103].

وفي المحيط: اختطبوه دعوه إلى تزويج صاحبتهم، والخَطْبُ جمع خُطُوب وخَطَبَ المرأَةَ خَطْباً وخِطبَةً وخطيبي بكسرهما واخْتَطَبهَا وهي خِطْبُه وخِطْبَتُه[104]، وفي الحديث عن ابن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كَانَ يَقُولُ(نَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَبِيعَ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ وَلَا يَخْطُبَ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَتْرُكَ الْخَاطِبُ قَبْلَهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهُ الْخَاطِبُ)[105].

وقد دلت العديد من النصوص الشرعية في الكتاب العزيز والسنة النبوية على مشروعية الخطبة، فمن الكتاب العزيز قوله تعالى:{... وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ ...}

[103] ـــ لسان العرب،لابن منظور،المرجع السابق،مج02،ج13،باب الخطاء،ص.1194.

[104] ـــ القاموس المحيط،الفيروز أبادي،المرجع السابق،فصل الخاء،باب الباء،ص.65.

[105] ـــ صحيح البخاري،أبو عبد الله محمد البخاري ،بيروت،المكتبة الثقافية، [د،ت]،مج04،ج07،كتاب النكاح،باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع،رقم:75،ص.32.

[1]، ومن السنة النبوية: عن أبي حاتم المزني قال: قال رسول صلى الله عليه وسلم:(إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه إِلا تفعلوه تكن فتنة في الأَرض وفساد كبير)[2].

ثانياً: الخطبة في الاصطلاح:

1 ـــ الخطبة في الفقه الإسلامي:

هي تواعد متبادل بين الرجل والمرأة أو ذويهما على إتمام الزواج مستقبلاً وفق الشروط المتفق عليها فيما بينهما[3]، وهي ما يسمى في لسان الشرع بالخطبة[4]، فمن القرآن الكريم قوله تعالى:{...وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُم فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِن خِطبَةِ النِّسَاءِ...}[5]، وقد جعلها الشرع الإسلامي ارتباطا أدبياً كسياج يمنع الاعتداء عليها حتى يعدل أحد طرفيه عدولاً نهائياً، والمسألة كلها يراعى فيها ناحية الآداب والديانة لا غير[6].

الخِطبة وعد بالزواج، حيث درج الناس على ألا يقدموا على إنشاء هذا العقد إلا بعد التمهيد له بهذا الإجراء، وبعد تفكير وروية، حتى تنشأ الرابطة الزوجية على أسس ثابتة ودعائم قوية، تحقق الراحة والسعادة والصفاء والوئام، فتدوم العشرة، ويشيع الحب والوفاق والمودة والرحمة والتعاون[7]، وقد عرفها بعض المعاصرين بأنها: إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة وإعلام المرأة أو وليها بذلك، وقد يتم هذا الإعلام مباشرة من الخاطب، أو بواسطة أهله[8]، وقد دلت السنة النبوية أيضاً على هذا المعنى فعن جابر بن عبد

1 ـــ سورة البقرة،الآية235.

2 ـــ السنن الكبرى للبيهقي، ج07،رقم13481، ص.132.

3ـــ أحكام الأسرة الإسلامية فقهاً وقضاءً،أ.حسن حسانين،[د،م]،دار الأفاق العربية،[د،ت]،ص.25.

4ـــ الأحوال الشخصية،إ.محمد أبو زهرة،ط03،بيروت،دار الفكر العربي،1957،ص.27.

5ـــ سورة البقرة،الآية235.

6ـــ الضرر الأدبي،د.مبروك النجار،المرجع السابق،نقلا عن (د.سليمان مرقس،بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية)ص. 207.

7ـــ الطبيعة القانونية للخطبة،د.بلحاج العربي،مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية،عدد03،2007،جامعة الجزائر،ص.209.

8ـــ الفقه الإسلامي وأدلته،د.وهبة الزحيلي،ط01،الجزائر،دار الفكر،1991م، ج07،ص.10.

عبد الله قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: (إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا فَلْيَفْعَلْ قَالَ فَخَطَبْتُ جَارِيَةً فَكُنْتُ أَتَخَبَّأُ لَهَا حَتَّى رَأَيْتُ مِنْهَا مَا دَعَانِي إِلَى نِكَاحِهَا وَتَزَوُّجِهَا فَتَزَوَّجْتُهَا)[1].

2 ـــ الخطبة في القانون الوضعي:

لم يتعرض المشرع الفرنسي لمسألة الخطبة، فقد قرر أغلب فقهاء القانون المدني في فرنسا أن أساس الزواج هو الرضا و الاختيار و الحرية، و أن الخطبة هي مقدمة من مقدماته، ليست لها قوة العقد و تخضع لمبدأ الرضائية و الحرية التامة، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بقولها: الخطبة لا تلزم بالزواج، ومثلها الوعد به، وقبول وتبادل الهدايا، أما حكم الأخلاق فلا ينبغي للإنسان أن ينقض وعده ويرجع في عزمه إلا إذا كانت ثمة ضرورة ملجئة تبرر نقض وعده[2].

إن معظم قوانين الأحوال الشخصية وخاصةً قوانين الدول العربية منها لم تبين الطبيعة القانونية للخطبة بشكل دقيق[3]، والمشرع الجزائري عرف الخطبة (les fiançailles)في م5ق.أ، بأنها وعد بالزواج،كما نص في م1/6ق.أ،على أنه يمكن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة وعليه فإنه يدخل في حكم الخطبة قراءة الفاتحة من طرف مجلس الرجال، وكذا ما جرت به العادة من تبادل الهدايام2/6ق.أ[4]، ومن خلال هاتين المادتين فإن المشرع لم يعرف الخطبة وإنما حدد طبيعتها.

---

[1] ـــ سنن أبي داود،مج03، ج06،كتاب النكاح،باب في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها،رقم2082،ص.68.المستدرك على الصحيحين،أبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري،تحقيق:مصطفى عبد القادر عطا،بيروت،دار الكتب العلمية،ط01،1411هـــ،1990م، ج02،كتاب النكاح،رقم2696،ص.179.مسند احمد، ج06،رقم14960،ص.131.

[2] ـــ نقض مدني فرنسي،30ماي1838،دالوز،1938،1،ص494؛ الطبيعة القانونية للخطبة،د.بلحاج العربي،المرجع السابق،ص.227.

[3]ـــ تنص الفقرة03من المادة 03من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976م،المعدل بموجب القانون المعدل رقم:82 لسنة 2001م،على أن:(الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقداً).

[4]ـــ الطبيعة القانونية للخطبة،د.بلحاج العربي،المرجع نفسه،ص.211.

ثالثاً: حُكم الخطبة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى استحباب الخطبة لفعله صلى الله عليه وسلم، فعن عروة بن الزبير رضي الله عنه أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَطَبَ عَائِشَةَ إِلَى أَبِي بَكْرٍ فَقَالَ لَهُ أَبُو بَكْرٍ إِنَّمَا أَنَا أَخُوكَ فَقَالَ (أَنْتَ أَخِي فِي دِينِ اللَّهِ وَكِتَابِهِ وَهِيَ لِي حَلَالٌ)[1]، فقال ابن جزي بأنها مستحبة[2]، وقال الإمام مالك هي مستحبة وليست واجبة[3]، بينما ذهب الشافعية إلى أن الخطبة تابعة لعقد النكاح من حيث الحكم، فإن سن النكاح سُنت، وإن كره كُرهت، أو وجب وجَبت، لأن المسائل تعطى حكم المقاصد[4]، كما أن الإجماع منعقد على جوازها على جهة الاستحباب، وما جرت به العادات والأعراف لدى الناس بجعلها تمهيداً لعقد الزواج. وخالف الجمهور في ذلك داود الظاهري وقال بوجوبها[5]،

---

[1] ـــ رواه البخاري،مج04، ج07، كتاب النكاح،باب تزويج الصغار من الكبار،رقم18،ص.08.

[2] ـــ القوانين الفقهية،أبو القاسم ابن جزي،ط01،[د،م]،دار الكتاب العربي، 1984م،ص.199.

[3] ـــ المنتقى شرح موطأ الإمام مالك،الباجي،بيروت،دار الفكر،1983م،ج03،ص.264.

[4] ـــ حاشية الشرقاوي،عبد الله حجازي الشافعي الشرقاوي،بيروت،دار الكتبالعلمية،1997،ج02،ص.243.

[5] ـــ المحلى،ابن حزم،ج10،ص.34.

الفرع الثاني:

الحكمة من الخطبة وأنواعها

أولاً: الحكمة من الخطبة:

الحكمة من مشروعـــية الخطبة هو إعطاء فرصة للمرأة و أهلها للسؤال عن الخـــاطب والتعرف عليه مثل تدينه وأخلاقه وسيرته ونحو ذلك،كما أن في التمهيد لعقد النكاح بالخطبة إظهار وإعلان لأهمية هذا العقد، وفي الخطبة أيضا فرصة للخاطب ليعرف عن المرأة ما لم يعرفه عنها من قبل الخطبة، ذلك أن الرجل وإن كان يقوم- عادة – بالسؤال عن المرأة وأهلها فإنه قد يفوته شيء عن المرأة وأهلها من أخلاقهم وطباعهم، فإذا قام بخطبتها عن طريق إرسال بعض أهله- و يكونون عادة من النساء- فقد يعرفون من المرأة و أهلها ما لم يعرفه الخاطب منها و منهم، و قد يؤدي كل ذلك من قبله ، أو من قبل المرأة و أهلها إلى عدم المضي بإجراء عقد النكاح، فيرجع الخاطب عن خطبته، أو ترفض المرأة أو أهلها قبول خِطبة الخَاطب.

والخطبة بوصفها طريقاً لتعرف كل من الخاطبين على الآخر لا تخلو من حكمة بالغة، فهي السبيل إلى معرفة أخلاق وطبائع وميول الطرفين، ولكن بالقدر المسموح به شرعاً[1]، فإذا وجد التلاقي و التجاوب أمكن الإقدام على الزواج الذي هو رابطة دائمة في الحياة واطمأن الطرفان إلى أنه يمك شركة العمر وبناء الأسرة وتكاليف ومسؤوليات فلابد من التفكير الجاد والدراسة العميقة، فكل زواج ينبني على الصدفة، أو على العاطفة المتأججة أو يكتفي فيها بالظاهر على الباطن فمصيره الزوال[2].

1- الفقه الإسلامي وأدلته،د.وهبة الزحيلي،المرجع السابق،ج07،ص.10.

2- نظام الأسرة في الإسلام،أ.محمد الصالح الصديق،الجزائر،دار هومه،1999م،ص.55.

وهذا ما يفهم من حديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه:(أَنَّهُ خَطَبَ امْرَأَةً فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ انْظُرْ إِلَيْهَا فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا)[1]، وإذا اطمأن كل منهما على الآخر في دينه وأخلاقه وطبائعه، كان من تمام الاختبار أن يطمئن كل منهما على الآخر في مظهره وهيئته وتكوين جسمه، ولا يتم ذلك إلا وفق ضوابط وأحكام الشريعة الإسلامية.

ثانياً: أنواع الخطبة:

الخِطبة من حيث الأسلوب المستعمل فيها على نوعين، فهي إما أن تكون بلفظ صريح في الدلالة على طلب الزواج بالمرأة لا يحتمل غيرها، كأن يقول الخاطب للمرأة أو أهلها أريد الزواج من فلانة، وإما أن تكون بطريق التعريض، بأن يذكر الخاطب كلاماً لم يوضع في الأصل لطلب الزواج، إلا أن طلب الزواج يفهم منه بدلالة الحال والقرائن الحافة به.

أولهما: خطبة بلفظ صريح[2] وهو اللفظ الذي لا يحتمل شيئاً آخر غير إرادة الخِطبة[3]، كأن يقول الخاطب لمن يخطبها أو وليها "إني أريد أن أتزوجك، أو أرغب بالتزوج بك، أو عندي رغبة في الزواج من ابنتك أو أختك" وتسمى الخطبة بالتصريح.

---

1 ــ تحفة الأحوذي بشرح جامع الترميذي،أبي العلا محمد عبد الرحمان ابن عبد الرحيم المباركفوري،بيروت،دار الكتب العلمية، [د،ت]،ج04،باب ما جاء في النظر الى المخطوبة،رقم:1093.ص.175.سنن النسائي،مج03، ج06، كتاب النكاح،باب إباحة النظر قبل التزويج،ص.69،سنن ابن ماجه،كتاب النكاح،باب النظر الى المراة إن اراد ان يتزوجها،رقم:1865،ص.324.مسند أحمد،باب حديث المغيرة بن شعبة رضي الله تعالى عنه، ج07،رقم:18644،ص.427.

2.الصريح : المَحضُ الخالِصُ من كلِّ شيءٍ.لسان العرب،لابن منظور،المرجع السابق،مج04، ج27، باب الصاد،ص.2424.

3ــ أحكام الأسرة،أ.حسن حسانين،المرجع السابق،ص.27.

ثانيهما: خطبة بالتعريض[1] وهي التي يستعمل فيها الخاطب الجمل التي يفهم قصد الخطبة من عرضها بالقرائن[2]، وذلك كقول الرجل للمرأة أو وليها "أنت مهذبة، إنك جميلة، أو أنا أفكر في الزواج" وهي تسمى بالخطبة بالتعريض أو التلميح، وغالباً ما يكون التعريض للمعتدة سواء من وفاة،أو من طلاق[3]، قال تعالى:{وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ...}[4]، قال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما في تفسير هذه الآية:يقول(الخاطب):إني أريد التزويج، ولوددت أنه ييسر لي امرأة صالحة[5].

والفرق بين التعريض والتصريح أن: التصريح أن يذكر لفظاً يدل على إرادة الخطبة من غير احتمال لسواها، والتعريض ذكر الخطبة بلفظ يحتمل الخطبة ويحتمل غيرها، ويكون ظاهره سواها، وإن كانت رغبة الخطبة تكشف عنها إشارات القول[6]، ومثال ذلك ما يروي أن سكينة بنت حنظلة قالت: استأذن عَليَّ محمد بن الحسن، و لم تنقض عدتي من

---

[1]ـــ التعريض: التلويح والإيماء دون التصريح،لسان العرب،باب طرف،ج9،ص213.قال الشيخ ابن عبد السلام: (وقد يسمى تلويحاً لأنه يلوح منه ما يريد، والفرق بينه وبين الكناية أن الكناية يذكر الشيء بذكر لازمه، كقولنا فلان طويل النجاد، والتعريض يذكر كلاماً يحتمل مقصوده وغير مقصوده، والقرائن تفيد المقصود)شرح حدود ابن عرفة،الموسوم بالهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية،لابن عبد الله محمد الأنصاري الرصاع المتوفى سنة884هـــ/1489م،تحقيق محمد أبو الأجفان،الطاهر المعموري،ط01،بيروت،دار الغرب الإسلامي،1993،القسم1،ص.251.

[2]ـــ الطبيعة القانونية للخطبة،د. بلحاج العربي،المرجع السابق،ص.211.

[3]ـــ الطلاق يكون من غيره سواء كانت بائناً أو مستبرأة من شبهة نكاح أو مستبرأة من زنا أو غصب، أما معتدة الغير من طلاق رجعي تحرم خطبتها إجماعاً تصريحاً أو تعريضاً.الفقه المالكي في ثوبه الجديد،محمد بشير الشقفه،ط03،دمشق ،دار القلم،،2007، ج03،ص39، والشافعية يجيزون التعريض للمعتدة البائنة لعموم آية سورة البقرة ولانقضاء سلطة الزوج عنها،نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج،شمس الدين محمد بن أبي العباس احمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي،ط03،بيروت،دار الكتب العلمية،1424ه،2003م،فصل الخطبة، ج06،ص.201.

[4]ـــ سورة البقرة،الآية 235.

[5]ـــ صحيح البخاري، ج16،ص81.

[6]ـــ الأحوال الشخصية،إ.محمد أبو زهرة،المرجع السابق،ص.29.

مهلك زوجي، فقال:(قد عرفت قرابتي من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقرابتي من علّي وموضعي في العرب، قلت:غفر الله لك يا أبا جعفر إنك رجل يؤخذ عنك، تخطبني في عدتي؟؟قال: إنما أخبرتك بقرابتي من رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن علي)[1].

أنواع الخطبة في ق.أ.ج:

المشرع الجزائري في ق،أ،ج، لم ينص على أنواع الخِطبة وعلى لا شروط المخطوبة، وإنما نص في المادتين61،50 ق.أ،ج، على أن المطلق يبقى له حق إرجاع زوجته أثناء العدة من غير عقد جديد لأن الزوجية ما تزال قائمة حكماً، وعليه نلاحظ بأن المعتدة من طلاق رجعي لا تجوز خطبتها لا تصريحاً و لا تعريضاً. [2]

[1] ـــ سنن الدارقطني،للإمام الحافظ علي بن عمر الدارقطني،تحقيق عادل احمد عبد الموجود و علي محمد معوض،دار المعرفة،بيروت،كتاب النكاح،ج03،رقم18/3474،ص.150.

[2] ـــ الطبيعة القانونية للخطبة،د.بلحاج العربي،المرجع السابق،ص.217.

المطلب الثاني:

أحكام تتعلق بالخطبة

هناك أحكام كثيرة تحيط بالخطبة كونها مقدمة لعقد لزواج، ومن أهم هذه الأحكام شروط المخطوبة وحكم النظر إليها.

الفرع الأول:

شروط المخطوبة

هناك شروط لابد من توافرها في المرأة التي يراد خِطبتها، ومن هذه الشروط ما هو مندوب كأن تكون المخطوبة بكراً و لوداً، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم لجابر بن عبد الله:(تَزَوَّجْتَ يَا جَابِرُ؟، قُلْتُ: نَعَمْ، قَالَ: بِكْرًا أَمْ ثَيِّبًا؟، قُلْتُ: ثَيِّبًا، قَالَ: هَلا جَارِيَةً تُلاعِبُهَا وَتُلاعِبُكَ...)[1]، أو كونها على خلق ودين، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ:(تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا وَجَمَالِهَا وَلِدِينِهَا فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ)[2].

فالأسلام يفضل الاخلاق والدين، ومن الأفضل أن تكون المخطوبة مع جمالها متحلية بالأخلاق الحميدة، ومتقربة الى الله بالطاعات، قال تعالى:{...فَالصّالِحاتُ قانِتاتٌ حافِظاتٌ لِلْغَيْبِ بِما حَفِظَ اللّهُ...}[3]، و من هذه الشروط ما هو واجب فلا تصح الخِطبة إلا به:

---

[1] ــ رواه البخاري،مج04، ج08، كتاب الدعوات،باب الدعاء للمتزوج،رقم:77،ص.148.ومسلم،مج02، ج04،في رواية لأبي الربيع(...وتضاحكها وتضاحكك)، كتاب الرضاع،باب استحباب نكاح البكر،ص.175.

[2] ــ رواه البخاري،مج04، ج07، كتاب النكاح،باب الأكفاءالدين،رقم:28، ص12.ومسلم،مج02، ج04، كتاب الرضاع،باب استحباب نكاح ذات الدين،ص.175.

[3] ــ سورة النساء،الآية 43.

1 ــ أن تكون المخطوبة صالحة للزواج:

يجب لصحة الخِطبة أن تكون المخطوبة ممن تحل شرعاً للخاطب، فلا يجوز للرجل خطبة المرأة التي تحرم عليه سواء كان التحريم بسبب النسب أو الرضاع أو المصاهرة مؤبداً كان كالأم والأخت والعمة والخالة أو مؤقتةً كزوجة الغير، كما يحرم أيضاً خطبة المعتدة(تصريحاً) من طلاق[1](كما ذكرنا سابقاً) سواء كان رجعياً لأنها في حكم الزوجة، أو البائن بينونة صغرى، أو كبرى، لبقاء بعض آثار الزوجية السابقة قائماً مثل العدة.

وقد تكذب المرأة في عدة الطلاق بقصد استعجال الزواج الجديد، فتقر بانقضاء عدتها رغم أنها في الحقيقة مازالت في عدة زوجها السابق، وهو أمر لا يعرف إلا من جهتها[2]، بخلاف المتوفى عنها زوجها فإن جواز التعريض في حقها لا يؤدي إلى هذا المحظور حيث تعتد بوضع الحمل إن كانت حاملا أو بأربعة أشهر وعشرة أيام إن لم تكن حاملا[3].

---

[1] ــ مسألة: ولا يحل لأحد أن يخطب امرأة معتدة من طلاق أو وفاة فإن تزوجها قبل تمام العدة فسخ أبداً دخل بها أو لم يدخل طالت مدته معها أو لم تطل ولا توارث بينهما ولا نفقة لها عليه ولا صداق ولا مهر لها فإن كان أحدهما عالماً فعليه حد الزنى من الرجم أو الجلد،المحلى،ج10،ص.478.

[2] ــ أحكام الأسرة،أ.حسن حسانين،المرجع السابق،ص.68.

[3] ــ والسر في جعل عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام.هو أن هذه المدة هي التي يعلم فيها وجود الولد وعدمه، فإنه يكون أربعين يوماً نطفة ثم أربعين علقة ثم أربعين مضغة فهذه أربعة أشهر ثم ينفخ فيه الروح في الدور الرابع فقدر عشرة أيام لتظهر حياته بالحركة إن كان هناك حمل. أعلام الموقعين،ابن القيم ،المرجع السابق،مج03،ص.295.

2 ـــ ألا تكون مخطوبةً للغير:

من الشروط التي يجب توافرها في المرأة المراد خطبتها ألا تكون مخطوبة[1] للغير، فإن ذلك منهي عنه بصريح الأحاديث الواردة في السنة، عن ابن عمر رضي الله عنهما كان يقول:(نَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَبِيعَ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ وَلَا يَخْطُبَ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَتْرُكَ الْخَاطِبُ قَبْلَهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهُ الْخَاطِبُ)[2]، و سُمع عقبة بن عامر على المنبر يقول: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ:(الْمُؤْمِنُ أَخُو الْمُؤْمِنِ فَلَا يَحِلُّ لِلْمُؤْمِنِ أَنْ يَبْتَاعَ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ وَلَا يَخْطُبَ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَذَرَ)[3].

والحكمة من تحريم خطبة مخطوبة الغير واضحة جلية، لأنه لا شك بأن هذا الفعل يولد الضغينة و الكراهية وهو أمر منهي عنه شرعاً[4].

---

[1] ــ جاء في المعونة:(للخِطبة حالتان: 1 ــ الركون: وهي أن تجب المرأة وتركن إلى الخاطب ويتمهد الأمر بينهما ويشترط كل واحد منهما على الآخر ما يريده و لم يبق إلا العقد،فهده الحالة يمنع فيها أن يخطب الغير،فمتى عقد هذا الغير،فالعقد غير صحيح وبفسخ على الظاهر من المذهب خلافاً لأبي حنيفة والشافعي ولمن ذهب إلى خلافه من أصحابنا لنهيه صلى الله عليه وسلم.2 ــ عدم الركون:وهي إذا لم تجب المخطوبة للخاطب وتركن إليه، بل ابتدأ الخطبة أو وعد وعداً معلقاً من غير إجابةٍ ولا ركون فجاء غيره فخطب فهذا لا يمنع، لأن الناس لو منعوا مثل هذا لوقع الضيق والحرج، ومثاله ما ورد في السنة من حديث فاطمة بنت قيس لما جاءت النبي صلى الله عليه وسلم وأعلمته أن أبا جهم ومعاوية خطباها،قال رسول الله: (أما أبو جهم فلا يضع عصاه من عاتقه، وأما معاوية فصعلوك لا مال له، ولكن انكحي أسامة بن زيد)،المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس للقاضي عبد الوهاب المالكي البغدادي (ت422هــ)تحقيق ودراسة عبد الحق حميش،وزارة الشؤون الدينية والأوقاف،تلمسان عاصمة الثقافة الاسلامية2011م، ج02،ص-ص.77-79.بتصرف.

[2] .رواه البخاري،مج04، ج07، كتاب النكاح،باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع،رقم:75،ص.32. ورواه مسلم بلفظ(لَا يَبِعْ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ وَلَا يَخْطُبْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ)،مج02، ج04، كتاب النكاح،باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك،ص.138.

[3] ــ رواه مسلم،مج02، ج04، كتاب النكاح،باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك،ص.139.

[4] ــ (ذهب الجمهور إلى أن النهي للتحريم ولكن لا يبطل العقد)حكى ذلك الحافظ، وقال الخطابي:(أن النهي لتأديب)نيل الاوطار،الشوكاني،باب النهي أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، ج09،ص.448.

أثر الخطبة المحرمة:

إذا خطب الرجل امرأة لا تحل له خطبتها فالفقهاء مجمعون على أن الخاطب آثِمٌ ديانةً، أما إذا تزوجها بعد هذه الخطبة فقد اختلفوا على النحو الآتي:

أ / في الشرط الأول:

لو عقد الرجل على المرأة في عدتها كان العقد باطلاً لا نعلم في ذلك خلافاً بين الفقهاء، أما إذا عقد عليها بعد انتهاء عدتها بناء على الخطبة السابقة كان العقد صحيحاً و تترتب عليه آثاره على الأصح عند الجمهور[1].

في ق.أ.ج:

أخذ قانون الأسرة الجزائري بقول المالكية بأن الدخول في الزواج الناتج عن خطبة المعتدة يترتب عنه التفريق بينهما، و تحريم زواجهما بعد ذلك نهائياً، في المادة(34)ق،أ، حيث جعلت وطء العاقد في العدة ولو بعدها من موانع الزواج، وهذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب[2].

---

[1] ـــ وقد وقع الاتفاق على أنه إذا وقع العقد في العدة لزم التفريق بينهما، واختلفوا هل تحل له بعد ذلك، فقال مالك والليث والأوزعي لا يحل نكاحها بعد، وقال الباقون: بل يحل له إذا انقضت العدة أن يتزوجها،المرجع نفسه،باب التعريض في العدة،ج09،ص.452.

[2]. وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في إجتهادها، غ،أ،ش1983/01/03،م،ج،1984، ج3،ص.731؛1996/06/18،ملف رقم 137571،م،ق،1999،العدد2،ص93،وعلى كل فهو زواج باطل،1998/05/19،ملف رقم 193825،أ،ق، غ،أ،ش،ص.73،1986/02/24،ملف رقم39362،غير منشور،الطبيعة القانونية،بلحاج العربي، المرجع السابق،ص.218.

ب / في الشرط الثاني:

ذهب جمهور الفقهاء وبعض المالكية [1] إلى أن الزواج الذي يتم بعد الخطبة المحرمة شرعاً، زواج صحيح مادام قد استوفى جميع أركانه وشروطه الشرعية، لأن الخطبة ليست من أركان الزواج ولا من شروطه بل هي مقدمة له، وقاسوا ذلك على من اغتصب ماءً وتوضأ به وصلى، يصح وضوؤه وصلاته ولكنه يأثم على اغتصاب الماء[2].

وقال داود الظاهري: إذا تزوجها الخاطب على خطبة أخيه كان الزواج غير صحيح وفُسخ، لأن النهي منصب على النكاح، لا على الخِطبة في ذاتها أو وحدها، إذ النهي عنها ما كان إلا لأنها وسيلة للزواج، فالنهي لأجله فيكون فاسداً، ويجب الفسخ سواء أدخل بها أم لم يدخل[3].

الفرع الثاني:

حكم النظر الى المخطوبة ووقته

أذن الإسلام في الخطبة كمقدمة للزواج، وأمر الخاطب أن ينظر إلى مخطوبته، ورسم الآداب التي يسير عليها الخاطبان و لم يجعل لهما إجراءات معينة لأنها ليست عقداً بل هي مقدمة له فقط.

---

[1] ـــ جاء في شرح الرسالة:[(ولا يخطب أحد على خطبة أخيه...وذلك إذا ركنا وتقاربا)أي: يحرم...ويفسخ عقد الثاني قبل الدخول فقط بطلقةٍ من غير مهر إن استمر الركون للأول إلى خطبة الثاني، ولو رضي الأول بتركها له، فإن ادعت هي أو مجبرها أنها كانت رجعة عن الركون للأول قبل خطبة الثاني، وادعى الأول أن الرجوع بسبب خطبة الثاني، ولا قرينة لأحدهما عُمِلَ بقولها وقول مجبرها]،تقريب المعاني على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني في مذهب الإمام مالك،عبد المجيد بن إبراهيم الشرنوبي الأزهري المتوفى سنة 1384هـــ،ضبط وتصحيح: عبد الوارث محمد علي،ط01،بيروت،دار الكتاب العلمية،1998م،1418هـــ،ص.136.

[2] ـــ أحكام الأسرة،أ.حسن حسانين،المرجع السابق،ص.28.

[3] ـــ الأحوال الشخصية،إ.محمد أبو زهرة،المرجع السابق،ص.32.

أولاً: حكم النظر:

إذا انتفت الموانع بين المخطوبين كان من تمام الاختيار أن يطمئن كل منهما على الآخر في مظهره وهيئته وتكوين جسمه بأن يرى كل منهما الآخر،و لما كان النظر إلى الأجنبية دون نية الارتباط أو الزواج محرم مصداقاً لقوله تعالى:{قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ...}[1]، فقد استثنى الشارع من التحريم النظر للحاجة للعلاج مثلا وأباح كذلك النظر إلى المخطوبة، وله أن يجتمع معها المرة تلو الآخر في إطار الشرع والذوق والمروءة، فقد روى عن المغيرة بن شعبة (أَنَّهُ خَطَبَ امْرَأَةً فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ انْظُرْ إِلَيْهَا فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا)[2]، أي أن تدوم بينكما المودة والألفة[3].

و عن محمد بن مسلمة قال:(خَطَبْتُ امْرَأَةً فَجَعَلْتُ أَتَخَبَّأُ لَهَا حَتَّى نَظَرْتُ إِلَيْهَا فِي نَخْلٍ لَهَا فَقِيلَ لَهُ أَتَفْعَلُ هَذَا وَأَنْتَ صَاحِبُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ إِذَا أَلْقَى اللَّهُ فِي قَلْبِ امْرِئٍ خِطْبَةَ امْرَأَةٍ فَلَا بَأْسَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا)[4]، هذه الأحاديث وغيرها تبيح النظر ولكنها لم تحدد مقداره، ومن هنا اختلف الفقهاء في بيانه.

فالجمهور يبيح النظر إلى الوجه والكفين معللين ذلك بأن هذا المقدار كاف في التعرف، لأن الوجه ينبئ عن جمالها وحالتها النفسية التي تنطبع على تقاسيمه، كما ينبئ الكفان عن حال الجسم من خصوبة أو هزال، وبعض الحنفية يزيد القدمين، والحنابلة يزيدون الرقبة[5]، ومن الفقهاء من يتجاوز هذا القدر فيبيح النظر إلى مواضع اللحم

---

[1] ـــ سورة النور،الآية30.

[2] ـــ الحديث سبق تخريجه،ص.45.

[3] ـــ (وندب نظر وجه الزوجة وكفيها قبل العقد بعلمها)،دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات والمعاملات والميراث،محمد سعيد،[د،م]،دار الندوة،[د،ت]،ص.73.

[4] ـــ سنن ابن ماجه،كتاب النكاح،باب النظر الى المرأة إذا أراد أن يتزوجها،رقم:1864،ص324.مسند أحمد،باب باقي حديث محمد بن مسلمة رضي الله عنه(...أَلْقَى اللَّهُ عزوجل...)،ج07،رقم:16451،ص.538.

[5] ـــ أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذاهب الجعفري والقانون،أ.محمد مصطفى شلبي،ط02، بيروت،دار النهضة العربية،1397هـــ،1977م،ص.51.

كالذراعين والساقين، هذا وقد بالغ الظاهري فأباح النظر إلى جميع البدن، ولعله أخذ بظاهر بعض الأحاديث التي تقول(...انظر إليها...)[1].

فإن لم يتيسر نظر الخاطب إلى المخطوبة بعث إليها امرأة تتأملها و تصفها لهُ، وللمرأة الوكيلة أن تنظر من المخطوبة ما تراه المرأة من المرأة، فإنه ليس عليها بعورة، وهو ما عدا بين السرة والركبة، لفعله صلى الله عليه وسلم عندما بعث أم سليم إلى امرأة وقال:(شمي عوارضها، وانظري إلى عرقوبيها)[2].

ثانياً: وقت النظر:

يستحب نظر الخاطب إلى المرأة المراد خطبتها للأحاديث السابقة الذكر ومنها حديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه، لكن هذا النظر له حدود وشروط ذكر العلماء منها:

ـــ أن يكون النظر إلى التي يرغب التزوج بها بعد العزم على ذلك وقبل الخطبة، وإنما اعتبر جواز النظر قبل الخطبة لأنه لو كان بعدها فربما أعرض عنها بعد النظر فيؤذيها.

ـــ أن يكون النظر إليها بعلمها إن كانت بالغة رشيدة، أو بعلم وليها، و يكره استغفالها، و استراق النظر إليها، لئلا يراها على حالة لا ترضاها، بخلاف ما إذا أعلمها، فإنها تصلح من شأنها وتتهيأ للنظر[3].

ـــ يحسن أن يكون مع النظر محادثة كل منهما للآخر لينكشف له مقدار تفكيرها وعذوبة حديثها بشرط أن يكون مع وجود أحد محارمها كأبيها أو أخيها أو عمها أو خالها حتى لا يكون ذلك ذريعة إلى مفسدة ولا بأس من تكرار ذلك بهذا الشرط[4]، أما ما

[1] ـــ حديث المغيرة بن شعبة،سبق تخريجه،ص.45.

[2] ـــ رواه الحاكم في المستدرك على الصحيحين،ج02،كتاب النكاح،رقم28/2699،ص.180.

العوارض:الأسنان،العرقوب: مجمع مفصل الساق والقدم.

[3] ـــ حاشية الدسوقي،محمد عرفة الدسوقي،المرجع السابق،ج02،ص.215،جواهر الإكليل، شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التزيل ، صالح عبد السميع الأبي الأزهري، ضبط وتصحيح محمد الخالدي،بيروت،دار الكتب العلمية، 1997،ج01،ص.275.

[4] ـــ أحكام الأسرة،أ.محمد مصطفى شلبي،المرجع السابق،ص.35.

وراء ذلك من الخلوة بها والخروج معها ومصاحبتها إلى دور اللهو والمنتزهات فباق على تحريمه لحديث جابر بن عبد الله قال:قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:(...ومَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا يَخْلُوَنَّ بِامْرَأَةٍ لَيْسَ مَعَهَا ذُو مَحْرَمٍ مِنْهَا فَإِنَّ ثَالِثَهُمَا الشَّيْطَانُ)[1].

ــ أن يغلب على ظن الخاطب موافقتها على الزواج منه أما إذا كان يعلم أنه لا يجاب لخطبته فلا يحل له النظر إليها.

ــ وما يباح النظر إليه مقيد بالوجه والكفين فقط دون سواهما، ويحرم مسهما لما فيه من زيادة المباشرة وللنهي عن ذلك في الحديث الشريف:قال رسول الله صلى اله عليه وسلم:(لأَنْ يُطْعَنَ فِي رَأْسِ أَحَدِكُمْ بِمِخْيَطٍ مِنْ حَدِيدٍ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَمَسَّ امْرَأَةً لا تَحِلُّ لَهُ)[2].

ــ وإذا لم تعجبه سكت، ولا يقول: لا أريدها، ولا يذيع ما رأى من أوصافها، فإن ذلك غيبة و إيذاء لأهل المخطوبة.

هذا ما رسمه الشرع من خطوات للتعرف على المخطوبة فأين نحن من مغالاة بعض الناس في منعهم النظر متعللين بأنه يجرح كرامتهم ويلحق بهم الأذى، وتفريط الآخرين في إباحتهم الاختلاط إلى حد تنفر منه النفوس، زاعمين أنه يكشف لكل من الخاطبين ما هو عليه الآخر من خلق سيء أو حميد، واختلاف الفقهاء فيما يراه الخاطب من المرأة عند خطبتها يصور بوضوح مدى احتياط الشريعة الإسلامية في دفع الأذى عن المرأة وقت الخطبة[3].

---

[1] ــ رواه أحمد في مسنده،باب مسند جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه،ج06،رقم15027،ص.146.

[2] ــ المعجم الكبير،أبي القاسم سليمان بن احمد الطبراني تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي،القاهرة،مكتبة ابن تيمية،[د،ت]،الباب الرابع،ج15،رقم16880،ص.143.

[3] ــ نظام الأسرة،أ.محمد الصالح الصديق،المرجع السابق،ص.57.

يرى بعض الفقهاء المعاصرين[1] على أن استعمال الوسائل الحديثة ليس فيه محذور شرعي، فالنصوص الآمرة بالرؤية في مجال الخطبة تشمل هذه الصورة المعاصرة بعمومها، بشرط التأكد من هوية الشخص الذي يستخدمها وفقاً للمادتين323و327 ق.م،المعدلتين بالأمر رقم:05-10[2]، فإن الإسلام يبيح النظر إلى المخطوبة مع أنها أجنبية عن الخاطب، شريطة أن تكون الرؤية في حدود الآداب والأخلاق الكريمة، بعيداً عن كل تزوير أو خديعة.

[1] – من هؤلاء:أ.أسامة الأشقر،د.بلحاج العربي.

[2] – الأمر رقم:05-10،المؤرخ في:20جوان2005،ج،ر، رقم44،ص.24.

المبحث الثاني:الطبيعة القانونية للخطبة وآثار العدول عنها

المطلب الأول:الطبيعة القانونية للخطبة

الفرع الأول:تكييف الخطبة في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني:تكييف الخطبة في التشريع الكنسي والمفهوم الغربي

المطلب الثاني:آثار العدول عن الخطبة

الفرع الأول: التعويض على العدول عن الخطبة

الفرع الثاني:حكم الهدايا والمهر بعد العدول عن الخطبة

المبحث الثاني:

الطبيعة القانونية للخطبة و آثار العدول عنها

بعد دراسة ماهية الخطبة في المبحث الأول و التطرق إلى أحكامها ، سأتطرق في هذا المبحث إلى الطبيعة القانونية للخطبة(المطلب الأول)، وفيه تكييف الخطبة في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، وتكييف الخطبة في التشريع الكنسي و المفهوم الغربي (الفرع الثاني)، أما آثار العدول عنها(المطلب الثاني)، ففيه التعويض عن العدول(الفرع الأول)، وحكم الهدايا والمهر بعد العدول(الفرع الثاني).

المطلب الأول:

الطبيعة القانونية للخطبة

بما أن الخطبة ليست زواجاً، وإنما هي وعد بالزواج فيجوز في رأي أكثر الفقهاء للخاطب أو المخطوبة العدول عن الخطبة، إذ ما لم يوجد العقد فلا إلزام و لا التزام، ولكن يطلب خلقاً ألا ينقض أحدهما وعده إلا لضرورة أو حاجة شديدة مراعاة لحرمة البيوت وكرامة الفتاة، وينبغي الحكم على المخطوبة بالموضوعية المجردة لا بالهوى أو بدون مسوغ معقول[1].

إذا تمت الخطبة وأدى ذلك إلى إبرام عقد الزواج فهنا لا يثور أي إشكال، بينما إذا لم تنته هذه العلاقة إلى إبرام عقد الزواج فإنه من هذا الجانب لنا أن نتساءل عن التكييف

القانوني والفقهي[2] للخطبة هل تعد عقداً أم وعداً بالعقد؟

[1] ـــ الفقه الإسلامي وأدلته،د.وهبة الزحيلي،المرجع السابق،ج07،ص.25.

[2] ـــ يعرف التكييف الفقهي بأنه تحديد لحقيقة الواقعة المستجدة لإلحاقها بأصل فقهي، خصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية، بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة و المشابهة بين الأصل و

الفرع الأول:

تكييف الخطبة في الفقه الإسلامي

الخطبة في الشريعة الإسلامية أشبه ما تكون وعداً بالنكاح، وليست زواجاً، لأن عقد النكاح لم يعقد بعد، لذا لا ينبني أي أثر من آثار النكاح[1]، وهي لا تبيح للمخطوبين أن يختلطا اختلاط الأزواج، ولا يترتب على ذلك حق ما لأحدهما نحو الآخر حتى ولو ألبس الخاطب مخطوبته خاتم الخطبة، أو قرأ الفاتحة[2]،أو قدم جزءاً من الصداق(المهر) أو كله، أو قدم شيئاً من الهدايا إلى المخطوبة أو إلى أهلها[3].

الواقعة المستجدة في الحقيقة. التكييف الفقهي للوقائع المستجدة و تطبيقاته الفقهية،أ.محمد عثمان شبير، دمشق،دار القلم،2004،ص.30.

[1] ــ الفقه المالكي في ثوبه الجديد،أ.محمد بشير الشفقه،المرجع السابق،ص.62.

[2] ــ هي السورة المعروفة في القرآن الكريم و تقرأها الناس تبركاً بخيرها في المناسبات عند المسلمين.وجاءت المادة 06 ق.أ (الامر05ــ02) تنص على أنه:" إذا اقترنت الخطبة بالفاتحة تطبق بشأنها أحكام 05ق.أ،أي أحكام الخطبة"، ومن ثم يكون المشرع قد كيف الفاتحة على أساس أنها خطبة وليس زواج، غير أن الحكم الذي كان يتبناه المشرع في هذا الصدد لا يتماشى مع العادات والتقاليد الجزائرية إذ قد اقتبسه من دول المشرق خاصة سوريا، أما ما هو موجود في المجتمع الجزائري فإن قراءة الفاتحة تكيف على أساس أنها زواج وذلك نظرا لاشتمالها على جميع أركان وشروط عقد الزواج وتفاديا لهذا المشكل القانوني جاءت عدة قرارات صادرة من المحكمة العليا قاضية بأنه:" من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها لمدة غير محدودة ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا" (ملف رقم:81877 قرار 1992/04/14)، وفي قرار آخر صرحت المحكمة العليا على أن: " اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 ق.أ" (قرار 1995/04/04)إلا أن م 06ق.أ عدلت بمقتضى الأمر الصادر في(2005/02/27)وأصبحت تنص على أنه ...":غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في م 09 مكرر من ق.أ."ينظر:قانون الأسرة،مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع تعديلات2005،العيش فضيل،ط02، الجزائر ،ديوان المطبوعات الجامعية،ص-ص18و19.

[3] ــ الفقه المقارن للأحوال الشخصية الزواج والطلاق،أ.بدران أبو العينين بدران،الإسكندرية،دار الجامعة،1974م،ص.24.

فلا يعدل الخاطب عن عزمه (الذي هو الزواج)، إذ هو نقض للعهد أو الوعد، ويستحسن شرعاً وعرفاً التعجيل في العدول إذا بدا سبب واضح يقضي بذلك، ولكن أدب الوعد في الإسلام يلزم المسلم الوفاء بالموعود ما أمكنه ذلك، قال الله تعالى:{...وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا}[1]، و عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (اضْمَنُوا لِي سِتًّا مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَضْمَنْ لَكُمْ الْجَنَّةَ اصْدُقُوا إِذَا حَدَّثْتُمْ وَأَوْفُوا إِذَا وَعَدْتُمْ وَأَدُّوا إِذَا اؤْتُمِنْتُمْ وَاحْفَظُوا فُرُوجَكُمْ وَغُضُّوا أَبْصَارَكُمْ وَكُفُّوا أَيْدِيَكُمْ)[2].

وينبني على ما سبق في الفقه الإسلامي ما يلي[3]:

1 ـــ لا تجوز الخلوة بالمخطوبة، ولا معاشرتها ولا مباشرتها، لأنها لا تزال أجنبية عن الخاطب، لحديث جابر بن عبد الله قال:قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:(...ومَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا يَخْلُوَنَّ بِامْرَأَةٍ لَيْسَ مَعَهَا ذُو مَحْرَمٍ مِنْهَا فَإِنَّ ثَالِثَهُمَا الشَّيْطَانُ)[4]،فمنع الحديث الشريف الخلوة بالمخطوبة لأن الخاطب ما يزال أجنبياً عنها.

2 ـــ وحيث خلت الخطبة من العقد فلا يلزمه مهر، ولا نفقة، ولا يقع له طلاق ولو طلقها، لأنه لا يصادف عقداً حتى يهدمه.

---

[1] ـــ سورة الإسراء،الآية34.

[2] ـــ رواه أحمد، ج09،رقم23400،ص.343.والبيهقي، ج06،رقم12691،ص.471،والحاكم في مستدركه، ج04،كتاب الحدود،رقم43/8066،ص.440،وقال حديث صحيح الإسناد.

[3] ـــ الفقه المالكي في ثوبه الجديد،أ.محمد بشير الشفقه،ص.62.

[4] ـــ الحديث سبق تخريجه،ص.54.

3 ــ ولكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة متى شاء، خصوصاً إذا تعلقت بذلك مصلحة شرعية، أو سبب معتبر، أو ضرورة أو حاجة.

الفرع الثاني:

تكييف الخطبة في التشريع الكنسي والمفهوم الغربي

كانت الخطبة تخضع في العهد الروماني القديم لبعض القيود الشكلية والموضوعية، وإذا ما تمت الخطبة ولو شفوياً يصبح لكل من الخاطبين الحق في المطالبة بتنفيد الزواج، فضلاً عما كان لكل منهما من الحق في التعويض عما يحدث من ضرر نتيجة العدول عن الزواج بغير دواع صحيحة، وإن كان البعض يرى أنه لم يكن للوعد مثل هذا الأثر في العهد الأخير من القانون الروماني[1].

أما الكنيسة فكان للخطبة عندها قواعد على نحو ما كان للزواج، حيث كانت تفرق بين ما يتضمنه الرضا الفعلي بالتزويج(وبه يتم الزواج)، وبين مجرد الوعد بالزواج آجلاً، وهذا هو الوعد بالزواج، الذي يترتب عليه التزام قانوني يمكن المطالبة بتنفيذه أمام القضاء، فكان يترتب على الخطبة في القوانين الكنسية بعض الالتزامات[2]، حتى على مستوى إلغاء و فسخ الخطبة فيتم على غرار العقود باتفاق الطرفين[3].

أما رأي الفقه الغربي في تكييفه للخطبة فقد انقسم إلى رأيين أحدهما قديم و الآخر حديث[4]:

---

4 ــ مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق،أ.أسامة عمر سليمان الأشقر،ط01،الأردن،دار النفائس،1420هـ،2000م،ص.50.

2 ــ نظرية التعويض،أ.مقدم سعيد، ،المرجع السابق.ص-ص.243،244.

3 ــ مستجدات فقهية،أ.أسامة عمر سليمان الأشقر،المرجع نفسه،ص.50.

4 ــ الطبيعة القانونية للخطبة،دراسة مقارنة،عز الدين مرزا ناصر،مقال في مجلةالرافدين للحقوق،جامعة الموصل،المجلد(3/السنة العاشرة)عدد(26)سنة(2005)،ص.209.

أولاً: التكييف القديم للخطبة:

يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى اعتبار الخطبة عقداً ملزماً للجانبيين ولكل من الطرفيين الحق في إنهائه بإرادته المنفردة كما هو الأمر في عقد الوكالة، وهذا التكييف ضمان لحرية الزواج، لكن هذا لا يعني أن العدول حق مطلق، فإذا أدَّى إلى إساءةٍ أو كان تعسفياً لا مبرر له، نكون هنا بصدد المسؤولية العقدية على الذي عدل عن الخطبة[1].

في حين ذهب اتجاه آخر في الفقه إلى أن الخطبة ليست عقداً ملزماً، وذلك لأنه لا يجوز أن يتقيد شخص بعقد إلى أن يتزوج، فمثل هذا التقييد يكون مخالفاً للنظام العام. إن فسخ الخطبة يعد خطأً تقصيري يوجب التعويض، إذا انحرف الخطيب عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف التي أحاطت بالخطيب، ففسخ الخطبة يوجب المسؤولية التقصيرية وليست العقدية[2]، وهذا ما ذهب إليه القضاء المصري في أحد قراراته[3].

ثانياً: التكييف الحديث للخطبة:

الخطبة في الفقه الحديث ليست وعداً بالتعاقد وإنما عقد تمهيدي فهي بحكم طبيعتها ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج، فهي اتفاق مبدئي على الرضا بالتزويج، فهي بذلك تعد عقداً تمهيدياً الغرض منه التحضير والإعداد لعقد الزواج.

أما مفهوم العقد التمهيدي لدى الفقهاء المسلمين فقد كان مجهولاً إلى أن بدأ الفقه المعاصر، وخاصة عند دراسته لمسألة الخطبة، بالحديث بشكل سريع عما أطلق عليه من وصف الخطبة مقدمة من مقدمات الزواج و تمهيداً له[4].

في ق.أ.ج:

---

[1] ـــ شرح القانون المدني،جو سران،ص740.نقلاً عن: عز الدين مرزا ناصر،المرجع نفسه،ص.210،بتصرف.

[2] ـــ الوسيط،د.السنهوري،المرجع السابق،ج01،ص.827.

[3] ـــ قرار محكمة النقض المصرية1960/4/28م نقض359/11، ، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه،أ.محمد كمال عبد العزيز،القاهرة،مكتبة القاهرة الحديثة،[د،ت]،ص.155.

[4] ـــ الطبيعة القانونية للخطبة،أ.عز الدين مرزا ناصر،المرجع السابق،ص.213.

جاء قانون الأسرة الجزائري في المادة 05 المعدلة بالأمر رقم:05-02 التي تنص على أن "الخطبة وعد بالزواج"م1/5، و"يجوز للطرفين العدول عن الخطبة" م2/5[1]،فبأستقراء المادة نجد أنها قررت أن الخطبة هي طلب الزواج و الوعد به، ومن خلال هذا التعريف يتضح جلياً أن الخطبة ما هي إلا وعد بالزواج في المستقبل، وطالما هي كذلك و طبقاً للمادتين 71 و72 من القانون المدني، فإن مجرد الوعد لا ينشئ التزاماً مما يترتب على ذلك أنه يجوز لهما التحلل منه متى شاؤوا، ولا يلزم العادل عن الخطبة في إبداء اسباب عدوله للطرف الآخر.

فالخطبة إذن من الناحية القانونية لا تعدو أن تكون مجرد وعد متبادل بين رجل وامرأة على الزواج في المستقبل، فهي وسيلة لتعارف الخطيبين بعضهما ببعض، ولتحديد الشروط الموضوعية والشكلية لإبرام عقد الزواج، وهو ما سارت عليه اجتهادات المحكمة العليا المشهورة، من أن الخطبة لا تعتبر عقداً للزواج و إنما وعد به فقط،[2] فهي مرحلة سابقة على الزواج تمهد له لا غير، و من ثم فإنه يستوجب عدم الخلط بين الخطبة و عقد الزواج.

المطلب الثاني:

آثار العدول عن الخطبة

[1] ـــ وهو ما جاء في المادة 05 من مدونة الأسرة المغربية،والمادة 01من مجلة الأحوال الشخصية التونسية،والمادة02 من القانون السوري، والمادة 02 من القانون الكويتي، والمادة 03 من القانون العراقي، و المادة 03 من القانون الأردني وغيرها، الطبيعة القانونية للخطبة،بلحاج العربي،المرجع السابق،ص.225.

[2] ـــ المحكمة العليا، غ،أ،ش،قرار بتاريخ،1992/03/17،ملف رقم81129،المجلة القضائية،غرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص 2001،ص.30.

إذا تمت الخطبة سواء صاحبها قراءةُ الفاتحةِ كما يفعله كثير من الناس أو لم يصاحبها ذلك، لا تخرج عن كونها وعداً بالزواج، والوعد ليس عقداً فلا يكون ملزماً كالعقد، فيصح لكل من الطرفين أن يعدل عنها بفسخها، لأننا لو قلنا بإلزامها لحملنا الخاطبين على ما لا يريدانه، وفي هذا من الضرر ما لا يخفى[1]، وحق الفسخ جائز شرعاً للطرفين بإجماع الفقهاء، إلا أنه حق غير مطلق، وتلحقه الكراهة ما لم يترتب على الوفاء به ضرر بين يجعل الحياة الزوجية مضطربة غير مستقرة.

فإذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة أو كلاهما فما الأثر المترتب على ذلك بالنسبة لما قدمه الخاطب من مهر أو هدايا، ولما لحق أحد الطرفين من أضرار سواء كانت مادية أو معنوية؟.

الفرع الأول:

التعويض على العدول عن الخطبة

إن الخطبة لا تتمتع بأية قوة إلزامية بالنسبة للطرفين معاً، ولو طالت فترة الخطبة، وهذا معناه أنه يجوز لكل من الخاطبين التخلي نهائياً عن مشروع الزواج بالعدول عن الخطبة، فالخاطب والخطوبة غير ملزمين بإتمام الزواج، وأن لكليهما حقٌ شرعي في العدول، ولا يعد هذا الأخير سبباً لأية مطالبة قانونية أو قضائية[2]، ولكن هل يعني إقدام الخطيب على العدول عن الخطبة بمحض إرادته، بأن يكون بمنأى عن المسؤولية؟.

***الضرر الناشئ عن الرجوع في الخطبة:**

[1] ــ أحكام الأسرة،أ.محمد مصطفى شلبي،المرجع السابق،ص.65.

[2] ــ الطبيعة القانونية للخطبة،د.بلحاج العربي،ص.235.

حظي الضرر الناشئ عن فسخ[1] الخطوبة باهتمام الفقهاء في كل من الشريعة والقانون، خاصة فيما يتعلق بمدى ضمانه، وإن كان الفصل بين الاتجاهين صعب لأن أحكام الأسرة أو قانون الأحوال الشخصية مستمد من الشريعة الإسلامية مباشرة، ومع ذلك فإن الإشارة إلى رأي كل من فقهاء القانون و الشريعة سيفيد في فهم معنى الضمان أو التعويض عن هذا الضرر.

أولاً: اتجاه الفقه الإسلامي:

من المقرر في الفقه الإسلامي أيضا أن الخطبة ليست عقداً، ولكن أقصى ما تدل عليه الخطبة إذا تمت أن تكون وعداً بعقد، وليس للوعد بعقد قوة إلزام عند الجمهور، خلافاً لما ذهب إليه المالكية[2] في قول عندهم ينسب لابن شبرمة، والحنابلة[3] عند استدلالهم بقوله تعالى:{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ، كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ}[4].

أما مسألة الضرر الناتج عن العدول فلم يتعرض لها الفقهاء القدامى، إما لعدم حدوث مثل ذلك في عصورهم، وإما لأن الخطبة التي رسم الإسلام طريقها و سلوك الطرفين أثناءها لا يترتب على فسخها ضرر متى التزم الطرفان هذا السلوك، فالإسلام لا يبيح للخاطب إلا النظر والحديث إلى مخطوبته و الخروج معها بحضور محرم لها، ولكن المسلمين حين انحرفوا عن تعاليم الإسلام في كثير من المجتمعات، وقلدوا الأجانب ترتب

---

[1] ــ هناك من يعترض عن كلمة "فسخ" لأنها تفضي إلى وجود عقد سابق والخطبة ليست بعقد وإنما هي وعدُ، وربما الأصح "الرجوع عن الخطبة".

[2] ــ "إن الوعد إذا ذكر له سبب، ودخل الموعود في السبب وباشره، فإن الواعد يلزم بوعده، لأنه لولا وعده لم يقدم على ما فعل، كما إذا وعده أن يقرضه مبلغ المهر في الزواج، فباشر العقد اعتمادا على وعده، أو وعده بأن يسلفه ثمن شيء يريد شراءه، فاشتراه فعلاً لزمه ما وعد به"،فتاوى محمد عليش255/1.مسائل الالتزام،للحطاب،ص155،نقلا عن:الفقه المالكي،أ.محمد بشير الشفقه،المرجع السابق،ص.65.

[3] ــ كمن قال: تزوج فلانة وأنا أعينك في صداقها بكذا وكذا أو نحو هذا.المحلى،ج8،ص.28.

[4] ــ سورة الصف،الأيتان02،03.

عن ذلك أضرار لحقت بالمرأة عندما يعدل الخاطب ولا يتم الزواج، قال الخليفة عمر بن عبد العزيز"تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور"[1].

وقد استقر في الفقه الإسلامي الحديث التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة في حالتين[2]:

الحالة الأولى: إذا كان للعدول دخل في الضرر الذي لحق الآخر بسبب عدوله كأن يطلب الخاطب إعداد جهاز خاص، أو يطلب من المخطوبة ترك وظيفتها، فتتركها بناء على رغبته، أو تطلب المخطوبة من الخاطب إعداد مسكنٍ خاصٍ، فيجوز الحكم بالتعويض عن الضرر لعدوله عن الخطبة، لتسبب العادل في الضرر وتغريره بالطرف الآخر.

الحالة الثانية: ألا يكون للعادل دخل في الضرر الذي لحق الطرف الآخر بسبب العدول، فلا يحكم بالتعويض على العادل إذ لم يوجد منه سبب الضمان من ضرر أو تغرير.

ثانياً: إتجاه الفقه الوضعي:

الخطبة ليست عقد ملزم، لأنه لا يجوز أن يتقيد شخص بالزواج من شخص معين، فمثل هذا التقييد يكون مخالفاً للنظام العام الذي يقرر حق الإنسان في اختيار من يريده في عقد النكاح، ولكن فسخ الخطبة أو الإخلال بالوعد بالزواج إذا لم يكن خطأ عقدياً، فإنه قد يكون خطأ تقصيري يوجب التعويض، ومعيار الخطأ هنا هو معيار الشخص العادي في مثل ظروف الخاطب، والأصل أن الفسخ لا ينجر عنه إلا ضرر مادي، لكن هذا لا يمنع تمخضه عن ضرر أدبي(معنوي) يستوجب التعويض[3].

---

[1]ـــ ينظر في هذا المعنى: الضرر الأدبي،مبروك النجار،المرجع السابق،ص216،أحكام الأسرة،أ.محمد مصطفى شلبي،المرجع السابق،ص.69.

[2] ـــ ينظر في هذا المعنى:الأحوال الشخصية،إ.محمد أبو زهرة،المرجع السابق،ص 36،37.الفقه الإسلامي وأدلته،د.وهبة الزحيلي،المرجع السابق،ج07،ص.28.

[3] ـــ الضرر قسمان: ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة و العدول، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل، فالأول يعوض و الثاني لا يعوض، إذ الأول كان تغريراً، والتغرير يوجب

وهذا الرأي استقر عليه القضاء المصري[1] عندما قررت محكمة النقض سنة 1939م ما يلي:

1 ــ الخطبة ليست بعقد ملزم.

2 ــ مجرد العدول لا يكون سبباً موجباً للتعويض.

3 ــ إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى، ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، أي الخطأ الذي سبب ضرراً للغير.

حكم العدول عن الخطبة في ق،أ،ج:

نصت المادة2/5 ق،أ،ج المعدلة بقولها: "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المنشور المؤرخ في:1992/03/17،ملف رقم:81129، من أن الخطبة هي وعد بالزواج، ولكل من الطرفين حق العدول عنها[2].

فإذا وقع العدول انقضت الخطبة، ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل أن يطلب من القضاء الحكم له بإلزام الطرف الآخر بالاستمرار في الخطبة وإبرام عقد الزواج، فإن للخطيبين ممارسة حق العدول م2/5ق،أ، ومن المعلوم أن ممارسة حق من الحقوق لا توجب على الشخص التعويض فهذا هو المبدأ[3].

الضمان، كما هو مقرر في قواعد الفقه الحنفي وغيره، وفي قضايا العقل والمنطق، وقد أخذت بهذا النظر محكمة النقض المصرية(نقض مدني1939/12/14). الأحوال الشخصية،إ.محمد أبو زهرة،المرجع السابق،ص.37.الضرر الأدبي،د.مبروك النجار،المرجع السابق،ص.208.

[1] ــ الوسيط،د.السنهوري،المرجع السابق،ص985.

[2] ــ المحكمة العليا، غ،أ،ش،1992/03/17،ملف رقم81129م،ق،1994،العدد3،ص62.نقلا عن:د. بلحاج العربي،الطبيعة القانونية للخطبة،المرجع السابق،ص. 235.

[3].الأحوال الشخصية،إ.محمد أبو زهرة،المرجع السابق،ص. 35. الطبيعة القانونية للخطبة،د.بلحاج العربي،المرجع السابق،ص. 235.

لكن قد يترتب عن العدول عن الخطبة ضرر يلحق بأحد الطرفين مادياً، كما لو طلب الخاطب من المخطوبة ترك الوظيفة، أو إعداد جهاز مهم، أو شراء أثاث بعينه، أو طالبته هي بإعداد مسكن معين بهيئةٍ معينة، أو كان الضرر معنوياً، كخيبة الأمل لدى الطرف الآخر، أو تأخير زواج المخطوبة مدة الخطبة، وتفويت فرصة خُطاب آخرين، إلى غير ذلك من إثارة ألسنة الناس بالتجريح والتشهير.

ذهب المشرع الجزائري في المادة3/5ق،أ، المعدلة بالأمر رقم:05-02بقوله:"إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"، فقد جاء هذا النص عاماً ومطلقاً، معتبراً التعويض ليس عن العدول، وإنما عن الضرر الناجم عنه، على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية لأن الخطبة ليست بعقد[1].

الفرع الثاني:

حكم الهدايا و المهر بعد العدول عن الخطبة

للهدايا و المهر المقدمان خلال فترة الخطوبة أحكام خاصة، إذا ما لم تتم هذه الخطبة بالزواج.

أولاً: حكم الهدايا:

الهدايا جمع هدية على وزن مفاعل كمساجد، و هي عادة ما يلجأ إليها طرفا الخطبة بعد تمامها لتقوية المحبة والمودة والترابط بينهما، فهي في الأصل مباحةُ، و قد تصبح أداة ضغط معنوي تدفع من قـــدم الهدايا أكثر إلى الرغبة في إتمام عقد الزواج، فإذا أخذت

[1] ــــ الطبيعة القانونية للخطبة،د. بلحاج العربي،نفس المرجع،ص.246.

الخطبة الاتجاه الإيجابي بأن تم المراد وهو الزواج فلا إشكال في الهدايا، أما إذا فُسخت الخطوبة فهنا يطرح التساؤل: هل يرجع كل منهما فيما أهداه لصاحبه؟ أم تعتبر من قبيل الهبة فلا رجوع فيها؟ وهل في حالة الرد، ترد قائمةً؟ أم قيمتها؟.

أ / الفقه الإسلامي:

تعرضت المذاهب الفقهية إلى مسألة الهدايا التي تقدم خلال فترة الخطوبة، ثم بعد العدول يطالب كل منهما بردها، أو أحدهما خاصة الطرف الذي لم يكن السبب في العدول، أو كان متضرراً من العدول في حد ذاته.

1 ــ حيث ذهب الحنفية إلى القول بأن هدايا الخطبة هبة، و للواهب حق الرجوع عن هبته إلا إذا وجد مانع يمنعه من ذلك، كهلاك الشيء الموهوب أو استهلاكه، فإذا كان موجوداً فله استرداده، وإذا كان قد هلك أو استهلك أو حدث فيه تغيير[1]، كضياع الخاتم أو قماش صنع منه ثوب، أو طعام أُكل، فلا يحق للخاطب استرداده أو بدله أو قيمته[2].

2 ــ ذهب الشافعية ومعهم الحنابلة للقول بعدم استرداد شيء من الهدايا سواء كانت موجودة أم هالكة لأنها في حكم الهبة، ولا يجوز الرجوع فيها إلا الوالد فيما أعطاه لولده.

3 ــ وفصل المالكية بين أن يكون العدول من جهة الخاطب فلا يرجع بشيء ولو كان موجوداً أو قائماً، وأما إذا كان العدول من جهة المخطوبة فللخاطب أن يسترد الهدايا

[1] ــ الجعفرية يفصلون بين ما إذا كانت الهدية عند إهدائها مشروطة بالزواج أو لا، فإن كانت مشروطة بالزواج من المهدي يجب ردها ولو هلكت، وإن لم تكن مشروطة به فحكمها كالحكم عند الحنفية.أحكام الأسرة،أ.محمد مصطفى شلبي،المرجع السابق،ص.66.

[2] ــ رد المحتار على الدر المختار،محمد أمين ابن عابدين،تحقيق:عادل عبد الموجود،علي محمد معوض،ط02،بيروت،دار الكتب العلمية،2003م،ج02،ص.599.

سواء كانت قائمة أم هالكة، فإذا هلكت أو استهلكت وجب رد قيمتها، وهذا إذا لم يكن هناك عرف أو شرط، وإلا فالشرط ألزم، والعرف محكم[1].

وهل هداياها أثناء الخطبة كهداياه؟ الظاهر:نعم، كما أفاده جملة من العلماء الأفاضل، فإذا أهدت المخطوبة خاطبها هدايا أثناء الخطبة، ثم عدل أحدهما عنها، فإن كان العدول من جهة الخاطب، لزمه رد جميع ما أهدت إليه، وإن كان العدول من جانبها، كانت متبرعة، ولا ترجع بشيء[2].

ب / في ق،أ،ج

سار المشرع الجزائري في هذه المسألة على مذهب الإمام مالك، فجاء في الفقرتين 4 و 5 من المادة 5 المعدلة بالأمر(02/05) على أنه:"لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداه إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يُستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته"[3]، فالهدايا وفقاً للتعديل الجزئي للمادة 5ق،أ،ترد بعينها إن كانت قائمة، وبقيمتها إذا استهلكت أو أتلفت[4].

---

[1] ـــ حاشية الدسوقي،محمد عرفة الدسوقي،المرجع السابق، ج02،ص219. بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيدي أحمد الدردير،أحمد الصاوي،ضبط وتصحيح محمد شاهين،بيروت،دار الكتب العلمية،1995م، ج02،ص.348.

[2] ـــ الفقه المالكي في ثوبه الجديد ،أ.محمد بشير الشفقه،المرجع السابق،ص.64.

[3] ـــ أخذت بعض القوانين العربية بمذهب الأحناف معتبرة هذه الهدايا من قبيل الهبات، ويسري عليها ما يسري على الهبة من أحكام في القانون المدني التي تنص على رجوع الواهب في هبته،أنظر: م 19 من القانون العراقي،و م 65 من القانون الأردني، ، أما القانون المغربي فقد أخذ بمذهب المالكية، والقانون السوري سكت عنه فيتضمن العمل برأي الحنفية إذ تنص المادة305ق،أ،على أن"كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون، يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي"، الفقه الإسلامي وأدلته،د.وهبة الزحيلي ،المرجع السابق،ج07،ص.27.

[4] ـــ أقرت المادة4/5ق،أ، مبدأ المساواة بين الخطيبين في استرداد الهدايا، وهي إضافة صائبة لإلغاء أشكال التمييز تجاه المرأة، تبعاً لعملها و استقلال ذمتها المالية(م1/37ق،أ المضافة بالأمر (02/05)،الطبيعة القانونية للخطبة،د.بلحاج العربي،المرجع السابق،ص.241.

ثانياً: حكم المهر:

مهر[1] المرأة هو المال الذي يقدمه الرجل لمن يريد التزوج بها، وهو شرط من شروط الصحة، وقد سماه الله تعالى صدُقة بضم الدال، فقال تعالى:{ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً...}[2]، وقد كان العرب في الجاهلية يُصدقون النساء ويعينون مقداره، ويعد الصداق - أي المهر- فريضة لازمة عندهم لصحة عقد الزواج، إذ هو علامة من علاماته، ودلالة على شرعيته، وكانوا لا يقرون زواجاً ولا يعترفون بشرعيته إلا إذا كان بمهر، فإذا لم يكن هناك مهر عُد بغياً و سفاحاً وزنا، فالمهر أيضاً علامة شرف وكون المرأة حرة محصنة لها كامل الحقوق[3].

و قد يصحب إتمام الخطبة إعطاء جزء من المهر(الصداق) أو كله، على أن تتأهب المخطوبة للزواج، من شراء لوازم العرس أو تُعدُ الجهاز المناسب لها، فما مصير هذا المهر إذا لم تتم الخِطبة و لم يكن هناك زواج؟ أم أن حكم المهر كالهدايا؟.

أ / الفقه الإسلامي:

ما قدمه الخطيب على أنه مهر، يجب رده إلى صاحبه باتفاق الفقهاء، لأنه حق خالص له، ولا تستحق المرأة منه شيئاً إلا بالعقد فهو حكم من أحكامه و أثر من آثاره، و استرداده بعينه إن كان موجوداً، أو مثله إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً، وإذا اشترت المرأة بالمهر أو بعضه جهازاً، ثم عدل الخاطب، فالمرأة بالخيار بين رد قيمة المهر، أو

---

[1] ــ لصداق تسعة أسماء: الصداق و الصدقة و النحلة و الفريضة و الأجر و العلائق و العقر و الحباء.المغني ،موفق الدين ابن قدامى،كتاب الصداق،ج15،ص.330.

[2] ــ سورة النساء،الآية04.

[3] ــ المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام،جواد علي،ص.530،نقلا عن:نظام الأسرة في الإسلام،أ.محمد الصالح الصديق،المرجع السابق،ص.62.

تسليم ما يساويه من الجهاز وقت شرائه[1]، على أن المقرر في الفقه أن المرأة تستحق كامل المهر بعد الدخول الذي سبقه عقد صحيح، ونصفه إذ طُلقت بعد العقد وقبل الدخول، وحيث أن كل هذا لم يحدث فلا حق للمرأة في أخذ المهر كله أو شيء منه[2].

ب / في ق،أ،ج:

لقد جرت العادات في الدول العربية و خاصةً الجزائر منها على أن يمنح الخاطب لمخطوبته المهر(الصداق) قبل العقد، كله أو جزء منه وذلك حسب الاتفاق والعرف السائد في كل منطقة، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة حكم المهر عند العدول عن الخطبة، بل جعل المهر شرطاً من شروط صحة الزواج، هذا ما أكدته المواد(9 مكرر،14وما بعدها من ق،أ،ج)، وقد أشارت إلى ذلك المحكمة العليا في العديد من قراراتها، وما دام الزواج لم يتم فعلاً، فلا حق للمخطوبة في الاحتفاظ به، تطبيقاً لمبدأ عدم الإثراء بلا سبب مشروع[3].

---

[1] ـــ ينظر:أحكام الأسرة،أ.حسن حسانين،المرجع السابق،ص.70.أحكام الأسرة،أ.محمد مصطفى شلبي،المرجع السابق،ص.56.

[2] ـــ والمالكية يجعلون لشرط والعرف إن كان محل لتحكيم كما سبق ذكره في ص.62.

[3] ـــ ينظر: الطبيعة القانونية للخطبة،د.بلحاج العربي،المرجع السابق،ص.237.

الفصل الثاني:

التعويض عن الضرر المعنوي بعد فك الرابطة الزوجية

المبحث الأول: حالة الطلاق التعسفي

المبحث الأول:

حالة الطلاق التعسفي

الإسلام يضع الزواج في عنق الزوجين أمانةً ووديعةً، ويحرص كل الحرص على أن تبقى شركة الأسرة منتظمة متضامنة، ويعمل بالإضافة إلى ذلك على توطيد الألفة والمودة بين الزوجين، قال الله تعالى:{وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ}[209].

لكن لا تجري الرياح دائماً بما تشتهيه السفن، فإذا تعذر التوافق بين الزوجين وبعد محاولة الصلح بينهما، شرع الله الطلاق، قال الله تعالى:{وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا}[210]، والذي يُعَدُ العلاج البغيض إليه استنادا إلى قوله صلى الله عليه وسلم:(مَا أَحَلَّ اللَّهُ شَيْئًا أَبْغَضَ إِلَيْهِ مِنْ الطَّلَاقِ)[211].

وفي هذا المبحث سأقوم بدراسة ماهية الطلاق التعسفي(المطلب الأول)، فأتطرق لتعريف الطلاق(الفرع الأول)، ثم لتعريف التعسف(الفرع الثاني)، وللتعسف في استعمال حق الطلاق(المطلب الثاني)، ثم أحاول تطبيق معايير التعسف على الطلاق(الفرع الأول)، وصور الطلاق التعسفي في القانون(الفرع الثاني)، بالإضافة إلى التعويض عن الطلاق التعسفي(المطلب الثالث)، وفيه التعويض عبارة عن متعة الطلاق(الفرع الأول)، والتعويض في مقابل إساءة استعمال الحق(الفرع الثاني).

[209] ــ سورة الروم،الآية 21.

[210] ــ سورة النساء،الآية130.

[211] ــ رواه أبو داود،مج03، ج06، كتاب الطلاق،باب في كراهية الطلاق،رقم2177،ص.160.

المطلب الأول:

ماهية الطلاق التعسفي

علم الله سبحانه وتعالى أن الناس ليسوا في حسن الخلق سواء، فتحت ثائرة الغضب أو عند طائف من الشيطان يتعسف بعض الأزواج في إيقاع الطلاق ملحقين الضرر بزوجاتهم، فاقتضت الحكمة الإلهية وضع تشريع للمعالجة، مما يَنْزَجِرُ به الأزواج فلا يوقعون الطلاق إلا على وفق ما ارتضاه الله سبحانه وتعالى، فهل الطلاق الذي جعله الله بيد الرجل حق مطلق في استعماله أم مقيد؟ وهل هذا الحق يشمله التعسف أم لا؟.

الفرع الأول:

تعريف الطلاق

أولاً: الطلاق في اللغة:

الطلاق: الحل ورفع القيد مطلقا، سواء كان حسياً أو معنوياً[1]، والطلاق اسم مصدره التطليق، ويستعمل استعمال المصدر، وأصله طلقتُ المرأة تطْلق، فهي طالق، طَالِقة ، إذا أبانت من زوجها[2].

[1] ـــ الحسي : كقولهم : أطلق الأسير : إذا رفع القيد عليه فانطلق في سبيله، والمعنوي كقوله : طلق الرجل امرأته إذا رفع القيد الثابت بعقد النكاح.

[2] ـــ لسان العرب،ابن منظور،المرجع السابق،مج04،ج29،باب الطاء،ص.2692.

ويقال للذي يكثر تطليقهُ رجل مِطْلاق، مِطْليق، طَلَيق، وفيه حديث الحسن:"إِنَّك رجـــل طليق" أي كثير طلاق النساء، والأجود أن يقال مِطلاق و مِطْلِيق، ومنه حديث علي:" أنَّ الحسن مِطلاق، فلا تزوجوه"[1].

1 ــ من القرآن :

قوله تعالى:{الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ}[2]، وقوله تعالى:{يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ}[3]، وقوله تعالى:{لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ} [4].

2 ــ من السنة :

ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:(مَا أَحَلَّ اللَّهُ شَيْئًا أَبْغَضَ إِلَيْهِ مِنْ الطَّلَاقِ)،[5] وقد ثبت عنه صلى الله عليه وسلم أنه طلق حفصة بنت عمر بن الخطاب ثم راجعها[6].

[1] ــ لسان العرب،ابن منظور،المرجع السابق ،مج04، ج29،ص.2693.
[2] ــ سورة البقرة،الآية229..
[3] ــ سورة الطلاق،الاية 01.
[4] ــ سورة البقرة،الآية 236.
[5] ــ سبق تخريجه،ص.74.
[6] ــ أبو داود،مج03، ج06، كتاب الطلاق، باب في المراجعة،رقم2280،ص269.سن النسائي مج03، ج06،كتاب النكاح، باب في الرجعة،ص.213.

ثانياً: الطلاق في الاصطلاح:

عرف الفقهاء الطلاق في الاصطلاح أنه:"صفة حكمية ترفع حلية تمتـــع الـــزوج بزوجته"،[1] أو هو "رفع قيد النكاح في الحال بالبائن أو المآل بالرجعي بلفظٍ مخصـــوصٍ"،[2] أو هو "حل عقدة أو قيد النكاح".[3]

وعرف المشرع الجزائري الطلاق في المادة 48 ق،أ،ج (معدلة) مع مراعاة أحكام المادة 49ق،أ،ج " يُحَلُ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة " في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون [4].

[1] ـــ مواهب الجليل شرح مختصر خليل،محمد بن عبد الرحمان الحطاب،ضبط: زكريا عميرات،،ط01،بيروت،دار الكتب العلمية،1995،ج5، ص.268.

[2] ـــ رد المحتار،كتاب الطلاق،ج10،ص.422.

[3] ـــ المغني،كتاب الطلاق،ج08،ص.233.

ـــ (الكناية: يقع بها الطلاق مع النية بالإجماع ولا يقع بلا نية وهي كثيرة كقوله أنت خلية وبرية وحرام وحرة وأنت واحدة والحقي بأهلك وحبلك على غاربك وسافري وما أشبه ذلك.وفي قوله اشربي وجهان الأصح المنصوص كناية وقال أبو إسحاق ليس كناية بل هو لغو وكلي كاشربي كناية وقيل ليس كناية قطعاً وفي قوله أغناك الله وقوله قومي وجهان أصحهما ليس كناية.أما الألفاظ التي لا تحتمل الطلاق إلا على تقدير متعسف فلا أثر لها فلا يقع بها طلاق وإن نوى وذلك كقوله بارك الله فيك وأحسن الله جزاءك وما أحسن وجهك وأحسن الله جزاءك أنها كناية وهو ضعيف.

والقاعدة المعروفة أن اللفظ الصريح إذا وجد نفاذاً في موضوعه لا ينصرف إلى غيره بالنية وإن نوى الظهار).روضة الطالبين وعمدة المفتيين،للإمام النووي،إشراف زهير الشاويش،ط03،بيروت،المكتب الإسلامي،1416هـــ،1991م،ج08،ص-ص.26،27.

[4] ـــ عدلت بالأمر رقم:05-02 المؤرخ في:27 فبراير 2005م،ج،ر،15ص.21.

ثالثاً: الطلاق بين الحظر والإباحة:

الطلاق من التصرفات الشرعية التي تصدر عن الزوج بإرادته المنفردة، لكن حكم أصله فقد اختلف فيه بين الحظر والإباحة.

المذهب الأول: الحظر:

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[1] والحنابلة[2] والحنفية [3]والشافعية إلى القول بأن الأصل في الطلاق الحظر، لا الإباحة وإنه لا يباح إلا لضرورة وحاجة ملحة، وقد استدلوا على رأيهم بمايلي:

1 ــ من القرآن:

- قال الله تعالى: {فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا}.[4]

- وقوله تعالى: {فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا}.[5]

- وقوله أيضا: {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا}.[6]

---

[1] ــ حاشية الدسوقي،الدسوقي، ج2،ص.361.

[2] ــ ينظر: المغني، ج10،ص.323.مجموع فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية،جمع وترتيب،عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصي النجدي وساعده ابنه محمد، طبع بأمر خادم الحرمين الشريفين، فهد بن عبد العزيز أل سعود،بإشراف الرئاسة العامة لشؤون الحرمين الشريفين،[د،ت]،ص.81.

[3] ــ بدائع الصنائع،الكساني، ج3،ص.95.

[4] ــ سورة النساء،الاية34.

[5] ــ سورة النساء،الاية19.

[6] ــ سورة النساء،الاية35.

فوجه الدلالة في الآيات: هو حثُ الرجال على الصبر على أزواجهن، فإن وقع نزاع، حُلَ عن طريق الحكميين، وذلك كله بُعدًا عن إيقاع الطلاق من غير مبرر.[1]

2 ــ من السنة:

ــ عن ابن عمر رضي الله عنهما قال :قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ عَزَوَجَلَ الطَّلَاقُ)[2]،وفي رواية إن الرسول الله صلى الله عليه وسلم قال :(مَا أَحَلَّ اللَّهُ شَيْئًا أَبْغَضَ إِلَيْهِ مِنْ الطَّلَاقِ).[3]

ــ عن ثوبان رضي الله عنه قال :قال رسول الله صل الله عليه وسلم:(أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا طَلَاقًا فِي غَيْرِ مَا بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ).[4]

عموم الأحاديث النبوية تَنْهَي عن الطلاق بقرينة إضافة البغض إليه، وإن إيقاعه دون حاجة وسبب موجب للإثم وعدم دخول الجنة، سواء كان الطلاق بطلب من المرأة أو من الرجل ابتداءً بالإضافة إلى أن الطلاق يعد قطعاً للسنة وتفويتً للواجب.[5]

[1] ــ التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون،أ.جميل فخري محمد جانم،ط01،عمان،دار الحامد للنشر والتوزيع،2009م،ص.184.

[2] ــ أبي داوود،مج03، ج06،كتاب الطلاق،باب في كراهية الطلاق،رقم2178،ص161.سنن ابن ماجة(..إلى الله)،كتاب الطلاق،باب حدثنا سويد بن سعيد،رقم2018،ص.349.

[3] ــ الحديث سبق تخريجه،ص.74.

[4] ــ الترمذي، ج04،باب ما جاء في الختلعات،رقم1198،ص.308،وقال حديث حسن،سنن ابن ماجة،رقم2055، ص.355.أبي داوود،مج03، ج06،كتاب الطلاق،باب الخلع،رقم2223،ص.220.

[5] ــ بدائع الصنائع،الكساني، ج3،ص.95.

مناقشة المذهب الأول:

*آية النشوز جاءت لبيان خطوات معالجته، فيبدأ الزوج بالوعظ ثم الهجران ثم الضرب وإلا فقد بغى وظلم.[1]

*حديث (أبغض الحلال) فقالوا: إن الحديث مشكل، إذ كيف يكون الطلاق حلالاً وهو بغيض إلى الله سبحانه وتعالى.[2]

ويرد عليه: إن المراد بالحلال ما ليس فعله بلازم، وهذا يشمل المباح والمندوب والمكروه.[3]

ومما سبق يتبين لنا إن لفظ الحلال في الحديث ليس مرادا به الواجب ، ولا المندوب ولا المباح فلم يبق إلا المكروه والمحظور.[4]

إذاً الطلاق وإن كان مشروعاً لكنه مبغوض إلى الله، فلا يكون هناك تضاد بين المشروعية والبغض.

---

[1] ـــ مختصر تفسير ابن كثير،عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي، اختصار محمد علي الصابوني، بيروت،دار القرآن الكريم،[د،ت]،مج1،ص385.صفوة التفاسير،محمد علي الصابوني،بيروت،دار الفكر،2001م، ج01،ص-ص.274 و275.

[2] ـــ مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية ، دارسة مقارنة،مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية،عبد الرحمان الصابوني،تقديم محمد أبو زهرة،مصطفى السباعي،ط02،بيروت،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ،1983،ص83،84.

[3] ـــ حاشية ابن عابدين، ج04،ص427.

[4] ـــ التدابير الشرعية،جميل فخري محمد جانم،المرجع السابق،ص190.

المذهب الثاني : الإباحة:

ذهب بعض الفقهاء كالسرخسي والكاساني من الحنفية،[1]والقرطبي من المالكية[2]، والقاضي من الحنابلة،[3]إلى القول بأن الأصل في الطلاق الإباحة لا الحظر وإنه مشروع في نفسه إلا إن المنع فيه لغيره، من الفساد والوقوع في المحرم، وقد استدلوا على رأيهم بما يلي:

1 ــ من القران:

قوله تعالى:{لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً}.[4]

وقوله تعالى:{ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ }.[5]

ووجه دلالة الآيتين إن الأولى دلت على نفي الإثم والحرج عن المطلق، أما الثانية فدلت على إباحة الطلاق من غير حاجة.[6]

1 ــ بدائع الصنائع،الكساني، ج03،ص96.المبسوط في الفقه الحنفي،شمس الدين السرخسي،تحقيق عبد الله محمد إسماعيل الشافعي، بيروت،دار الكتب العلمية،1993م، ج06،ص02.

2 ــ الجامع لأحكام القرآن،القرطبي،مج02، ج03،ص126.

3 ــ الشرح الكبير،ابن قدامة المقدسي، ج08،ص234.

4 ــ سورة البقرة،الآية236.

5 ــ سورة الطلاق،الآية01.

6 ــ المبسوط،السرخسي، ج07، كتاب الطلاق،ص.163.

2 ــ من السنة:

عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها.[1]

وطلق بعض الصحابة زوجاهم،[2] فيدل فعلهم على أن الأصل في الطلاق الإباحة.

مناقشة المذهب الثاني:

إن الاستدلال بعموم الآيات والأحاديث وفعل الصحابة في جملتها عامة مطلقة، وقد بينت طريق إيقاع الطلاق وضرورة التطليق، وهذا لا يتعارض مع الأدلة الخاصة والمقيدة للطلاق.

* أما آية سورة البقرة،[3]فإنها تدل على نفي الحرج والإثم في حالة الطلاق قبل الدخول لا في كل طلاق.

*أما آية سورة الطلاق،[4] فهو بيان لوقت إيقاع الطلاق وليس بيانا لحكم الأصل فيه.

فيه.

* أما تطليق بعض الصحابة لزوجاهم كان لحاجة دفعتهم لإيقاعه، فلا يكون دليلا على أن الأصل في الطلاق الإباحة.

---

[1] ــ الحديث سبق تخريجه،ص.76.

[2] ــ فقد طلق عمر بن الخطاب رضي الله عنه أم عاصم، وطلق عبد الرحمان بن عوف رضي الله عنه زوجته تماضر و غيرهم.

[3] ــ قوله تعالى: {لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً} سورة البقرة،الأية236.

[4] ــ قوله تعالى: {فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ} سورة الطلاق،الأية01.

الترجيح:

إن الطلاق يباح عند الحاجة إليه لوجود الأسباب الداعية إلى ذلك، إلا أنه مبغوض لما يترتب عليه من أضرار ومفاسد تفوق المنافع والمصالح المراد تحصيلها عند الفراق، يقول الإمام الشاطبي:"المباح ضربان: أحدهما أن يكون خادماً لأصل ضروري، أو حاجي أو تكميلي، والثاني ألا يكون كذلك، فالأول قد يراعي من جهة ما هو خادم، فيكون مطلوبا محبوباً ومحبوباً فعله...والثاني إما أن يكون خادماً لما ينقض أصلاً من الأصول الثلاثة المعتبرة أو لا يكون خادماً لشئ كالطلاق، فإنه تُرك للحلال الذي هو خادم لكل إقامة النسل في الوجود، وهو ضروري ولإقامة مطلق الألفة والمعاشرة واشتباك الشعائر بين الخلق وهو ضروري أو حاجي أو مكمل لأحدهما، فإذا كان الطلاق بهذا النظر محرماً، لذلك المطلوب ونقضاً عليه، كان مبغضاً، ولم يكن فعله أولى من تركه إلا لعارضٍ أقوى كالشقاق وعدم إقامة حدود الله".[1]

الفرع الثاني:

تعريف التعسف

أولاً: التعسف في اللغة:

التعسف مأخوذ من عسف يَعسف عَسْفاً، والعَسْف:السير بغير هدى، والأخذ على غير الطريق، وعسف فلاناً: أخذه بالقوة والعنف وظلمه، وعسف السلطان: أي ظلم،

[1] ـــ الموافقات،الشاطبي،المرجع السابق، ج01،ص.128.

وتعسف فلان فلاناً: إذا ركبه بالظلم و لم ينصفه، ورجل عَسوف إذا كان ظلوماً، والعسف: الأجير والجمع عُسفاء على القياس وعسفه على غير القياس.[1]

ثانياً: التعسف في الاصطلاح:

لم يرد على لسان الفقهاء القدامى كلمة (إساءة) أو (تعسف) وانما هو مصطلح جديد وافد من فقهاء القانون الوضعي، ولكن وردت كلمة الاستعمال المذموم[2]، أو المضارة في الحقوق[3] عند ذكرهم لموضوعات ذات الصلة بالتعسف في ثنايا كتبهم، كمنع الاحتكار، ومنع عمر بن الخطاب رضي الله عنه التزوج من الكتابيات...الخ.

أما الفقهاء المعاصرون[4]فقد نظر بعضهم إلى التعسف على أنه صورة من صور المجاوزة والتعدي في استعمال الحق ونَظَرَ بعضهم الآخر[5] إلى التعسف على أنه موضوع مستقل عن المجاوزة له أركانه وأسسه وتطبيقاته الخاصة به، ومن هنا فقد أطلق بعضهم على التعسف لفظ المضارة وأطلق آخرون لفظ إساءة وغيرهم لفظ المجاورة أو التعدي.[6]

---

[1] ــــ لسان العرب،ابن منظور،المرجع السابق،مج04، ج31، باب العين،ص.2943،المحيط،ص.1082.

[2] ــــ الموافقات،الشاطبي،المرجع نفسه، ج03،ص.219.

[3] ــــ الطرق الحكيمة في الساسة الشرعية،لابن القيم الجوزية، تحقيق مكتبة مصطفى الباز،ط01،مكة المكرمة،المكتبة التجارية،1996م،ص.310.

[4] ــــ أمثال:مصطفى السباعي ، وهبة الزحيلي، محمد أبو زهرة وغيرهم.

[5] ــــ أمثال عبد الله الدرعان – فتحي الدريني.

[6] ــــ التدابير الشرعية،جميل فخري،المرجع السابق،ص.42.

أما التعريف الاصطلاحي المختار من هؤلاء الفقهاء المعاصرين هو تعريف الدكتور فتحي الدريني لاشتماله علـــى جـــوهر التعســـف وحقيقتـــه بالإضـــافة إلى معـــاييره، التعسف:"مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل".[1]

ثالثاً: معايير نظرية التعسف في الفقه الإسلامي:

نظرية التعسف تجمع بين معياريين أساسيين هما:

1ـــ المعيار الذاتي أو الشخصي : وهذا يستدعي النظر في العوامل النفسية التي حركت ذوي الحقوق حتى نصرّفوا في حقوقهم بوجه الإضرار بغيرهم ، والدوافع التي تحقق مصالح غير مشروعة.

2ـــ المعيار المادي: وهو يعتمد ضابط التماس ما يجنيه صاحب الحق من نفع، وما يلزم عن ذلك من مفسدة وهذا المعيار يحكم التعارض بين الحقوق الفردية والحق الفردي مع المصلحة العامة.

1):المعيار الأول له شقان:

أ ـــ قصد الإضرار . **ب** ـــ الباعث غير المشروع

أ / قصد الإضرار: هو أقدم معايير التعسف وأصلها غير أن الكشف عنه من العسير بمكان لذا يستعان بالأمور الظاهرة المادية كالقرائن في تبينه.

هذا وقصد الإضرار ممنوع في الشريعة الإسلامية، لأنه يتنافى مع قصد الشارع من تشريعه للحقوق

---

[1]. نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، فتحي الدريني،ط04،بيروت، مؤسسة الرسالة،1988م،ص-ص.54-87.

ـــ تطبيقات هذا المعيار في المذاهب الفقهية:

المذهب الحنفي:

ذهب أبو يوسف إلى منع من يستعمل حقه بقصد الإضرار بغيره، فقد جاء في كتاب الخراج ما نصه:[1]"إذا كان لرجل نهر خاص يسقي منه حرثه، فلا يجوز له أن يغرق حرث جاره، بنهره، وإذا علم جاره بما سيفعله فله أن يمنعه فقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الإضرار فقال :(مَلْعُونٌ مَنْ ضَارَّ مُؤْمِنًا أَوْ مَكَرَ بِهِ...).[2]

المذهب المالكي:

جاء في تبصرة الحكام :"لو ادّعي الصعاليك على أهل الفضل دعاوى باطلة، ليس لهم من قصد سوى التشهير بهم وإيقافهم أمام القضاء امتهاناً، لا يسمع لدعواهم"،[3]واختفاء المصلحة المشروعة قرينة على قصد الإضرار.

المذهب الشافعي:

تقرر في الفقه الشافعي، أن حبس المدين المماطل عن الأداء شرع وسيلة لإكراهه على إظهار ما خفي من ماله ، بشرط غلبة الظن على يساره، فيحبس على طلب

---

[1] ـــ كتاب الخراج، لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم،بيروت،دار المعرفة،1399هـ،1979م،ص99.

[2] ـــ الترمذي، ج06،باب ما جاء في الخيانة والغش،رقم2006،ص.61.

[3]. تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام،برهان الدين بن فرحون اليصمدي،، تقديم جمال مرعشلي،بيروت،دار الكتب العلمية،2001،ص.119.

الدائن،[1] أما إذا ثبت إعسار المدين ، فلا يجاب لطلب الدائن، لأن استعمال حقه في هـــذه الحال لا يؤدي إلى المقصود، وهذا القصد غيرُ مقصود الشارع.

المذهب الحنبلي:

من تطبيقات هذا الأصل في مذهب الإمام أحمد، أن صاحب الحائط الذي يستر ملك جاره به، لا يملك هدمه دون عذر قوي أو غرض صحيح، أما إذا كان له مصلحة ظاهرة في هدمه فمنعه من تحصيلها مضرة، والضرر لا يزال بالضرر.[2]

ب/ استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها :

يُعرفُ التعسف:"بأنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"، وهذا المعنى يتحقق في استعمال الحق في غير الغرض أو المصلحة التي من أجلها شرع، ومعاندة قصد الشارع باطلة، وهذا الأمر لا خلاف فيه بين علماء المذاهب.

وإنما الخلاف بينهم في أمر آخر هو الوسيلة التي يتوصل بها إلى كشف ذلك القصد أو الباعث.

2) المعيار الثاني:الاختلال البين في توازن المصالح أو انعدام التناسب:

وينطوي هذا المعيار على الضوابط الآتية:

أ ـــ الاختلال البين بين مصلحتين فرديتين ، ولا تناسب بينهما

---

[1] ـــ النووي،المرجع السابق،ج04،ص137،136.الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية،زكرياء بن محمد الأنصاري،بيروت،دار الكتب العلمية، ،1997،باب القضاء،ج03،ص498.

[2] ـــ كشاف القناع عن متن الإقناع،منصور بن يونس بن إدريس البهوتي تحقيق محمد أمين الضناوي،بيروت،عالم الكتب،1417هـــ،1997م،ج03،ص116.

ب ــ الضرر اللاحق بالمجتمع جراء استعمال الحق الفردي

ويجمع هذه الضوابط معيار اختلال التوازن البين بين المصالح المتعارضة، وهذا المعيار يُنْظُرُ إلى مآلات الأفعال والذي تتفرع منه مبادئ عدة (سد الذرائع ، الاستحسان...الخ).

ــ المعيار الموضوعي الذي يقصد به "الضرر الفاحش":

حيث قرره الفقه لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة لاسيما في العلاقات الجوارية، ولاشك أن في تنظيمها وتنسيقها رعاية للصالح العام، وربما يكون هناك إجماع بين فقهاء المذاهب على أن حق المالك مقيد في التصرف بملكه قضاءً بما يمنع الأضرار الفاحشة عن جاره، وهي المضار غير المألوفة.

أما الأضرار المألوفة فلابد من تحملها والتسامح معها إذ لو قيل بمنعها لأدَّى ذلك إلى تعطيل استعمال حقوق الملكية.

***الأصل العام الذي ينظم معايير التعسف:**

ربما يجمع كل هذه المعايير: معيار استعمال الحق في غير ما شرع له إن استعمال الحق لم يشرع وسيلة للإضرار بالغير، أو لتحقيق أغراض غير مشروعة، وكذلك لم يشرع ليتخذ وسيلة إلى تحقيق مصلحة ضئيلة بالنسبة لما يلزم عنه من أضرار راجحة ، لأن ضابط المشروعية "أن كل ما كان ضرره أكثر من نفعه لا يُشرع"، وكذلك لم يشرع الحق ليكون وسيلة لغرض الضرر الفاحش، يلحق بالغير من الأفراد أو المجتمع، وإذا لم تكن الحقوق وسائل مشروعة لهذه الأغراض بدا واضحاً ما في استعمالها على هذه الوجوه من مناقضة لقصد الشارع في التشريع، لأنها استعملت في غير المصالح التي شرعت من أجلها [1]

[1] ــ النظريات الفقهية،د.فتحي الدريني،ط02،دمشق،منشورات جامعة دمشق،1998م،ص.138

المطلب الثاني:

التعسف في استعمال حق الطلاق

لقد أعطى الشرع حق الطلاق للزوج و له أن يوقعه مستقلاً بإرادته المنفردة، لكن هذا الحق ثار حوله الخلاف، هل هو كباقي الحقوق يخضع لمبدأ عدم جواز التعسف فيه؟أم حق مطلق؟

ولقد انقسم الفقه الوضعي والقضاء بهذا الخصوص إلى اتجاهين:

1ـــ حق مطلق للزوج .

2 ـــ حق مقيد بعدم التعسف

الاتجاه الأول: الطلاق حق مطلق للزوج

الأصل في الطلاق الإباحة، والرجل طالما مَلّكَهُ الشارع حق الطلاق بالإرادة المنفردة، فهو حر التصرف فيه، ولا يجوز الرقابة عليه فيما يفعل وبالتالي، لا يجوز الحكم عليه بأي تعويض وهذا الحكم مبني على خمسة أمور[1] :

1 ـــ أن الطلاق حق مطلق للزوج.

2 ـــ أن الزوجة حين زواجها كانت تعلم أن الزوج يملك في كل لحظة أمر طلاقها فكأنه شرط ملحوظ.

3 ـــ أن الحكم بالتعويض يستلزم كشف أسرار العائلات لمعرفة أسباب الطلاق.

[1] ـــ مدى حرية الزوجين في الطلاق،د.عبد الرحمان الصابوني،المرجع السابق،ص.100.

4 ـــ أن الشريعة قصرت حق الزوجة المالي على النفقة ومؤخر الصداق حين طلاقها دون التعويض.

5 ـــ من المصلحة أن لا يعاشر المرء شخصا لم ينسجم معه، وفي الحكم بالتعويض إلزام له على معاشرته وهو له كاره وهذا ينافي المصلحة الزوجية.

الانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه:

هذه الأمور التي بنى عليها أصحاب هذا الرأي انتقدت:

1 ـــ الطلاق حق مقيد بمشروعية والأسباب المسوغة له،لأن الشارع الحكيم حرم الطلاق بغير سبب مشروع ، فهذا يجعلنا لا نتردد في القول بأن حق الطلاق غير مطلق ويخضع لرقابة القضاء.

2 ـــ صحيح أن الزوجة تعلم حين زواجها أن الزوج بيده حق طلاقها، ولكن لا تعلم أن زوجها سيتركها في حالة بؤس ووحدة بدون معيل، فالقول بالتعويض ليس لكل مطلقة وإنما على من أساء استعمال حقه في الطلاق ،قال النبي صلى الله عليه وسلم :"لا ضَرَرَ ولا ضِرَار".[1]

3 ـــ من العيوب التي تنكشف أمام القضاء، الجبّ والعِنة و الخصاء، فلا صحة بالقول بكشف سبب الطلاق أمام المحاكم، يفضح أسرار البيوت.

4 ـــ صحيح أنه لا يمكن أن يعاشر المرء شخصاً لا يطيقه ولا ينسجم معه، لكن أليس من الواجب أن لا يترك الزوج زوجته بغير سبب منها؟ و ربما كانت في فاقة وبؤس وألم الفراق، فوجب عليه تعويضها.

[1] ـــ الحديث سبق تخريجه،ص.06.

الاتجاه الثاني: الحظر ديانةً

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الطلاق وإن كان الأصل فيه الحظر ولكن هذا الحظر دياني[1]لا يخضع لسلطة القضاء، والفقهاء القدامى إذ نصوا على أن الطلاق لا يباح إلا لحاجةً، ذكروا أن الحاجة قد تكون مجرد عدم ميل الزوج لزوجته،[2]ولهذا فإن الموضوع يتعلق بأمر نفسي فلا يستحسن معرفته لأن الأمر موكل إذاً إلى ضمير الزوج لذلك:

1 ــ لا يجوز للقضاء التدخل في حق الزوج

2 ــ لا يجوز الحكم بالتعويض

3 ــ كل شرط بين الزوجين تضمن التعويض فهو باطل في حالة الطلاق.

الاتجاه الثالث: حق مقيد بعدم التعسف

يميل فريق من الفقهاء إلى أن الطلاق وإن كان حق للرجل يستعمله بإرادته المنفردة، إلا إنه كبقية الحقوق تخضع لإشراف القضاء، فمن أساء استعماله لحقه في الطلاق وجب عليه التعويض لمن تضرر من ذلك، لذلك إذا اختار الزوج الطلاق وجب عليه أن يكون حسن النية لا يقصد الإضرار بالمطلقة، لقوله تعالى :{الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ}[3]، وقوله تعالى:{وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا}.[4]

[1] ــ تزعم هذا الرأي:إ.محمد أبو زهرة.د.عبد الرحمان الصابوني،مدى حرية الزوجين،ص.103.

[2] ــ حاشية ابن عابدين ،ج02،ص.426.

[3] ــ سورة البقرة،الآية229.

[4] ــ سورة البقرة الآية231.

الفرع الأول:

تطبيق معايير التعسف على الطلاق

التعسف مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل، وقد اختلف في حكم الطلاق أهو الحظر أم الإباحة ؟، إلا أن الجمهور للحظر أقرب، ذلك إن كان الطلاق من غير حاجة ملحة إليه، ولأن الزوج يكون قد أضر بنفسه وبغيره، والضرر ممنوع ودفعه مطلوب؟.

كما أن مناقضة قصد الشارع من تشريع الطلاق تعتبر تعسفاً ويظهر ذلك جلياً من خلال تطبيق معايير التعسف على الحق في الطلاق:

أولا : المعايير الذاتية أو الشخصية:

1ـــ قصد الإضرار:

إذا قصد الزوج بطلاق زوجته الإضرار بها، كأن يطلقها بدافع الانتقام والكراهية، أو يطلقها في مرض موته لحرمانها من الميراث، وربما قد يطلقها دون سبب مشروع، حيث لا توجد أية منفعة أو مصلحة من الطلاق، وقد يكون السبب تافهاً،[1] لا يتناسب مع ما

[1] ـــ ما ينشر في الصحف حول أسباب الطلاق في الدول العربية، والجزائر خاصة ليندى إليه الجبين،ينظر:جريدة الشروق اليومية،مقال منشور يوم2011/12/07،بمناسبة تقرير لوزارة العدل يشير إلى:11ألف جزائرية خالعت زوجها في 2010.

يترتب على الطلاق من أضرار جسيمة على الأسرة والمجتمع ككل، ذلك كله يعتبر قرينة على قصد الإضرار بالزوجة ، قال صلى الله عليه وسلم :(لا ضَرَرَ ولا ضِرَار)[1].

2 ــ معيار المصلحة المشروعة:

الطلاق شرع بيد الرجل ليكون حلا نهائياً وحاسماً لما يقع بين الزوجين من شقاق ونزاع، ومن عدم إقامة لحدود الله، مما يجعل استمرار الحياة الزوجية مستحيلاً بينهما، ويجعل من بقائها مفسدة كبرى وضرراً عظيماً، و لم يشرع لهذا المقصد، فإذا استعمل في غير هذا كان مناقضاً لقصد الشارع، كما أن في إيقاعه بدون سبب سعي في نقض مصلحة حفظ النسل والعرض.[2]

ثانياً: المعايير الموضوعية أو المادية:

1 ــ معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة :

قد يقوم الزوج بإيقاع الطلاق بناء على أسباب يعتبرها مبررات ودوافع للطلاق، وذلك لدفع الضرر عن نفسه، وبالموازنة بين ما ينتج عن إيقاع الطلاق من مصالح، وما ينتج عنه من مفاسد وأضرار تلحق كلاً من الزوجة والأبناء والمجتمع، نجد أن المفاسد والأضرار الناتجة عن الطلاق أكبر من المصلحة المراد تحقيقها ويكون الطلاق قد جلب بذلك ضرراً أكبر من الضرر المراد دفعه، وبذلك يكون الزوج متعسفاً في استعمال حقه.[3]

[1] ــ الحديث سبق تخريجه،ص.06.

[2] ــ التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية،أ.عبير ربحي شاكر القدومي،عمان،دار الفكر،2007م،ص.173.وبدائع الصنائع،الكاساني،ج03،ص.95.

[3] ــ التدابير الشرعية،أ.جميل فخري،المرجع السابق،ص.197.

2 ــ معيار الضرر الفاحش :

قد يُوقِعُ الزوج الطلاق في حالات يضر بزوجته ضرراً فاحشاً، كأن يطلقها بعد مضي فترة طويلة من عيشها معه وتكون الزوجة قد اعتمدت عليه في نفقتها، وتقدم بها العمر، ففي هذه الحالة تصبح الزوجة أشد احتياجاً لمن يُأنس وحشتها ويشاركها مشاق الحياة، فيكون الزوج قد أضر بها ضرراً فاحشاً.

فالطلاق الذي تتعطل فيه حياة الزوجة، ومستقبلها وخاصة بعد كبرها في السن، وقد لا تكون له حاجة، أو تكون له بدائل من التعدد مثلاً، فلا يترك الزوج في ذلك بل يُؤخذ على يديه.[1]

الفرع الثاني:

صور الطلاق التعسفي في القانون الوضعي

التعسف في استعمال حق الطلاق هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضت إباحته، وبعض القوانين العربية ذكرت حالتين للطلاق التعسفي،[2] وهما صورتان يتجلى فيهما تجاوز حدود إيقاع الطلاق وهما:[3]

---

[1] ــ التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية،عبير القدومي،المرجع السابق،ص-ص.173و174.

[2] ــ نصت المادة117 من قانون الأحوال الشخصية السوري على"إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول و أن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس و فاقه، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ ثلاث سنوات لا مثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع التعويض جملة، أو شهرياً بحسب مقتضى الحال"،ق،أ،ش،سوري رقم 59 لسنة1953 المعدل بالقانون رقم 34 لسنة1975.وكذلك المادة:134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني"إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً، كأن طلقها لغير سبب مشروع..."،ق،أ،ش،أردني رقم 61 لسنة 1976.

[3] ــ هناك من الفقهاء من يضيف حالة ثالثة وهي طلاق المرتد، ولكن هذه الحالة لم ترد في القوانين العربية.

1 ـــ الطلاق دون مبرر معقول(مشروع)

2 ـــ الطلاق في مرض الموت أو طلاق الفرار

أولاً: الطلاق دون مبرر معقول:

الطلاق حق للزوج يستعمله، لكن ليس مطلقاً، إنما إذا تحققت الحاجة اليه، فإذا أوقعه بغير سبب معقول يكون قد أساء استعمال حقه، و يقع تحت طائلة التعسف، ويلزم بتعويض الضرر الناتج عنه سواء كان هذا الضرر مادياً، كما لو كانت المطلقة تمارس عملاً تكتسب منه قبل زواجها، وتركته بسبب الزوج،[1] أما الضرر الأدبي فإذا كان الطلاق يشين سمعة المطلقة، ويثير الظنون حولها، أما المبرر المعقول فيراد به السبب المقبول شرعاً الذي يبرر طلاق الزوج.[2]

في .ق.أ.ج:

تنص المادة 52(معدلة) بالأمر رقم05-ـــ02:"إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

يتبين لنا من النص أنه يجوز للقاضي عندما يحكم بالطلاق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عما يكون قد لحقها من ضرر، إذا تبين له مما يعتمده الزوج في مبررات الطلاق، أن هذا الزوج قد تعسف في طلبه للطلاق تعسفاً ألحق ضرراً بالزوجة، وعلى القاضي أن يثبت أمرين هما:

[1] ـــ محكمة استئناف مصر بتاريخ 22 يناير سنة1936،المحاماه17ـــ119ـــ58.الضرر الأدبي،د.مبروك النجار،المرجع السابق،ص.243.

[2] ـــ الفقه الإسلامي وأدلته،د.وهبة الزحيلي،المرجع السابق،ج09،ص.7065.

1 ــ قصد الإضرار بالزوجة دون المصالحة.

2 ــ إن يلحق ضرراً حقيقياً بالزوجة بسبب طلاقها.[1]

ثانياً: الطلاق في مرض الموت أو طلاق الفرار:

عرف القانون المدني الأردني مرض الموت في الفقرة الأولى من المادة 543 على أنه:"المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة، ويغلب فيه الهلاك، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن امتد مرضه وهو على حالة دون ازدياد سنة أو أكثر، تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح".[2]

وضع القانون المدني الأردني ضابطاً زمنياً للمرض احتياطاً قانونياً لترتب الأحكام الخاصة بالمريض وبورثته، ثم ألحق القانون بالمريض حالات الأخرى، حيث نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه :"يعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بالإنسان فيها خطر الموت، ويغلب في أمثالها الهلاك، ولو لم يكن مريضاً".[3]

وجاء في حكم لمحكمة المنصورة المصرية ما نصه :"إن المنصوص عليه شرعا إن مرض الموت هو المرض الذي اتصل به الموت وكان من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك"[4].

[1] ــ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،د. بلحاج العربي،ط03،الجزائر،ديوان المطبوعات الجامعية،2004م،ص.75.

[2] ــ القانون المدني الأردني رقم 2645 لسنة 1976م.

[3] ــ التدابير الشرعية،أ.جميل فخري،المرجع السابق،ص.202.

[4] ــ مدى حرية الزوجين،د.عبد الرحمان الصابوني،المرجع السابق،ص.106،

*صورة طلاق المريض:

أن يطلق الزوج زوجته في مرض موته، ثم يموت بمرضه ذلك، فهل ترث منه هذه الزوجة المطلقة أم لا ترث؟، وهل لقرينة إشرافه على الموت، قصد لحرمان زوجته من الميراث؟

حكم القضاء المصري للزوجة بالميراث من زوجها الذي طلقها في مرض موته :"إن أبان امرأته طائعاً مختاراً بلا رضاها، ومات والمرأة في عدها فإنها ترث منه لأنه فارٌّ من إرثها، فيعامل بنقيض قصده"، ولذلك لو رضيت بالطلاق البائن في مرض الموت، لا ترث لانتفاء التهمة عن المطلق.[1]

في .ق.أ.ج:

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري إلى طلاق المريض مرض الموت، وإنما ذكر في المادة 132ق،أ،ج على أنه "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث"، وهذه المادة لم تذكر حالة طلاق المريض مرض الموت، وعليه يحيلنا نفس القانون إلى العمل بالمادة222ق،أ،ج، إلى أحكام الشريعة الإسلامية في ما يخص المسائل التي لم ترد في هذا القانون.

[1] ــــ مدى حرية الزوجين،د.عبد الرحمان الصابوني،المرجع السابق،ص.107.و المادة 116 من قانون الأحوال السوري نصت"من باشر سبباً من أسباب البينونة في مرض موته، أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك، طائعاً بلا رضى زوجته، ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة و المرأة في العدة، فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها من وقت الإبانة إلى الموت".و كذلك القانون العراقي ق،أ،ش المادة(35)رقم 188 لسنة1959م المعدل بالقانون رقم11 لسنة1963م،والقانون رقم 21 لسنة 1978م.أما القانون المدني الجزائري فقد نظم تصرفات المريض مرض الموت في المادة(408)ق،م،ج.

ويشترط العلماء لاعتبار المريض فاراً من إرث زوجته خمسة شروط:[1]

*أن يطلقها في مرض الموت ـــ طلاقاً بائناً ـــ لأن الطلاق الرجعي يثبت فيه الميراث دائماً سواء كان برضاها أو بغيره ما دامت في العدة.

*أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول الحقيقي، فلو كان الطلاق البائن قبل الدخول الحقيقي، ولو بعد الخلوة، لا يستحق ميراثاً لعدم تحقق الفرار منه.

*أن تستمر أهلية الزوجة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة .

*أن يموت والمطلقة في العدة ، فلو مات بعد انتهاء العدة لا ترثه لانقطاع الزوجية وآثارها.

* أن يكون طائعاً مختارا غير مكره.

وبما أن القانون الجزائري لم يورد نصاً بشأن طلاق المريض مرض الموت ، نطبق أحكام الفقه المالكي الذي يرى بأن الزوجة ترث زوجها لو طلقها في مرض الموت، ولو انقضت العدة وتزوجت بغيره، ولو كان الطلاق برضاها واختيارها، ولا يرثها هو إذا ماتت، لأنه هو الذي فوت على نفسه حقه في الميراث.[2]

---

[1] ـــ الوجيز،د.بلحاج العربي،المرجع السابق،ص-ص241و242.

[2]. أبحاث و مذكرات في القانون والفقه الإسلامي،د.بلحاج العربي،الجزائر،ديوان المطبوعات الجامعية،1996م، ج02،ص.636.

المطلب الثالث:

التعويض في الطلاق التعسفي

إذا كان الفقه والقضاء قد انتهيا وفقاً للاتجاه الغالب فيهما، إلى أن حق الطلاق مقيد، فإن هذا التكييف للحق تترتب عنه آثار منها:

ـــ أنه يمكن وقوع الإساءة في استعماله، وتترتب على هذه الإساءة مسؤولية المطلق في دفع تعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق الزوجة من جراء الطلاق، ذلك أمر مقرر وواضح وهو نتيجة منطقية لتكييف حق الطلاق على أنه حق مقيد.[1]

ولكن السؤال الذي يرد: هل هذا التعويض يُعَدُ أمراً مستقلاً عما قررته الشريعة الإسلامية للمطلقة من متعة ؟ أم أن المتعة المقررة للمطلقة تمثل هذا التعويض وتعبر عنه ؟

هناك اتجاهان حول مضمون التعويض الذي ينشأ عن إساءة حق الطلاق.

[1] ـــ الضرر الأدبي،د.مبروك النجار،المرجع السابق،ص.246.

الفرع الأول :

التعويض عبارة عن متعة الطلاق

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التعويض لا يخرج عما قررته أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص المتعة المستحقة للمطلقة، والتي هي عبارة عما يدفعه الزوج لمطلقته بعد الفرقة بينهما، وذلك تطييباً لخاطرها، فلا تخرج عن كونها مجرد تعويض عما لحقها من ضرر نفسي وأدبي بسبب الطلاق.[1]

فإذا كانت الزوجة المطلقة تعطى المتعة،[2]جبراً لخاطرها فالشرع لم يقصر المتعة على حالات التعسف فقط، كما سنرى، والمرأة المطلقة لا تخلو من إحدى حالات ثلاث[3]:

[1] ـــ بحوث وتعليقات على الأحكام،د.سليمان مرقس،ص.191نقلا عن:د.مبروك النجار،المرجع السابق،ص.249.

[2] ـــ المتعة في اللغة : ما ينتفع به، ومتعة المرأة : ما وُصلت به بعد طلاقها من نحو القميص والإزار والملحفة.و اصطلاحاً: هي ما يجب للمطلقة جبراً وترفيها لما يصيبها من أسف،بسبب استعمال الرجل حق الطلاق قال الله تعالى :{ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ}،سورة البقرة، الاية241.و حكمها: حكم المتعة بين الوجوب والاستحباب على خلاف بين العلماء.

[3] ـــ موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر،عبد الحليم عويس،ط01،دار الوفاء،دار بن حزم،2005م،ج2،المعاملات، الأحوال الشخصية،ص.468.الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري،دراسة فقهية،د.المصري مبروك،الجزائر،دارهومه 2010م،ص-ص225و226.

أولاً: المطلقة قبل الدخول ولم يفترض لها الصداق

يقول الله تعالى:{لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ}.[1]

ذهب الجمهور إلى وجوبها قبل الدخول استنادا للآية الكريمة ، وقال مالك أنها مستحبة لقوله تعالى ((على المحسنين))، والإحسان ليس بواجب.[2]

ثانياً: المطلقة قبل الدخول وفرض لها صداق

اتفق الفقهاء على أن لها نصف الصداق المسمى لقوله تعالى:{وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ}.[3]

ثم اختلفوا في حق المتعة لها، فذهب الجمهور إلى أن لا متعة لها، جمعاً بين هذه الآية وآيات المتعة.[4]

[1] ــ سورة البقرة الآية 236.

[2] ــ المدونة الكبرى ، مالك بن انس الاصبحي،رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن قاسم،ط01،بيروت،دار الكتب العلمية،1415هــ،1994م، ج02،ص.239.

[3] ــ سورة البقرة، الآية 237.

[4] ــ سورة البقرة، الآية 236،الآية 241.

وذهب ابن حزم إلى أن لها المتعة ونصف المسمى، وهو مروي عن الزهري أن لكل مطلقة متعة، وروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وسعيد بن جبير، وهي رواية لأحمد[1]،وقد استدلوا بعموم قوله تعالى:{وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ}.[2]

ثالثاً: المطلقة بعد الدخول

اختلف الفقهاء في المطلقة بعد الدخول سواء فرض لها صداق أم لم يفرض لها شيء، لأن المهر يثبت بالدخول بلا منازع ، لكن هل المتعة لها من باب الوجوب أم الاستحباب؟

أ. ذهب جماعة منهم الإمام مالك، والليث،والشافعي في القديم، ورواية عن أحمد وهي ظاهر المذهب، كما يقول ابن قدامة والحنفية، كلهم يذهبون إلى أن المتعة للمطلقة بعد الدخول مستحبة وليست بواجبة.[3]

ب. ذهب الشافعي في الجديد ورواية لأحمد، إلى أن المتعة لها واجبة وأن الأمر للوجوب في قوله تعالى:{وَمَتِّعُوهُنَّ}،[4]وهو مروي عن عمر وعلي والحسن بن علي وابن عمر، ولا مخالف لهم في الصحابة، وهو قول ابن حزم الظاهري، واختاره ابن تيمية.[5]

[1] ــ ينظر: المحلى،لابن حزم، ج10، مسألة1984،ص.245. المغني، ج10،ص.140.

2 ــ سورة البقرة ، الآية 241.

3 ــ المدونة الكبرى،مالك بن انس،المرجع السابق، ج02،ص.238.و المغني، ج08،ص.55.

4 ــ سورة البقرة،الآية 236.

5 ــ موسوعة الفقه الإسلامي،عبد الحليم عويس،المرجع السابق، ج02،ص.468.

***علة المتعة:**

الصحيح أن العلة في المتعة هي طلاق استبد به الزوج، فتغم به المرأة وتتأذى، وعليه فلا متعة في الطلاق على مال، لأن المرأة ههنا ترغب في الطلاق وتدفع بدلاً لتحقق هذه الرغبة، فكيف تكون معطية وآخذة، وأنه بحق كما قال أصحاب مالك:" كيف يكون للمفتدية متعة وهي تعطي فكيف تأخذ متاعاً، لا متعة لمختارة الفراق....).[1]

***تقدير المتعة:**

يقول الله تعالى:{عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ}،[2] وقد اختلف الفقهاء في تقدير المتعة، فمن قائل أن أعلاها خادم، وأقلها كسوة، وهذا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه، وإنما هو أمر يحتاج إلى اجتهاد و كُلٌّ على حسب قدره.

الفرع الثاني:

التعويض في مقابل إساءة استعمال الحق

يميل أصحاب هذا الاتجاه إلى أن إساءة استعمال حق الطلاق يستحق التعويض على نحو مستقل، تعويضاً للزوجة عما لحقها من ضرر نفسي، ترتب على تلك الإساءة، وهذا

[1] ــ جاء في المدونة (ولا للمبارئة ولا للمفتدية ولا للمصالحة ولا للملاعنة متعة قد دخل بها أم لا)، المدونة الكبرى، مالك بن انس،ج02،ص.238 ،الطلاق وآثاره، المصري مبروك،المرجع السابق،ص.231.

[2] ــ سورة البقرة،الآية 236.

التعويض ليس مصدره حق الطلاق مجرداً، و إنما يتمثل في أمر آخر غير مجرد وقوع الطلاق، كالاتفاق الحاصل بين الزوجين.[1]

يستفاد من حكم المحكمة السابق أن التعويض عن الطلاق يعد أمراً زائداً عن التعويض المضروب بالشرع، وذلك لاختلاف السبب في كل منهما، فإذا كانت المتعة سببها وقوع الطلاق مجرداً، فإن التعويض هنا سببه ومصدره، الإرادة التي تمثلت في الاتفاق بين الزوجين على هذا التعويض، والذي تمخض عن التزام شرطي ما كان ليوجد لولا الاتفاق عليه.[2]

***تقييم الاتجاهين:**

الاتجاه الأول متفق مع ما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص المتعة للمطلقة، لكن تنظيم الشريعة للضرر الأدبي الناشئ عن الطلاق شامل لكل حالات الضرر، كما أن تقدير التعويض عنه يدور مع هذا الشمول، وقد يفتقد القانون هذه النظرة.[3]

أما الاتجاه الثاني فإنه ينطوي على زيادة على ما جاءت به الأحكام الشرعية، ومن المعروف أن أقصى حالات التعسف، هو أن يطلق الرجل زوجته الطلاق المحرم، كما لو

[1] ـــ جاء في حكم محكمة النقض المصرية في تاريخ 29 فبراير سنة 1940م (أن تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها، لا يخالف الشريعة، ولا النظام العام، إنما ينتفي الالتزام بالتعويض إذا كانت الزوجة هي التي دفعت الزوج بفعلها إلى تطليقها...) نقض مدني في 29 فبراير 1940، المحادثة 20- 1146- 483.الضرر الأدبي،د.مبروك النجار،المرجع السابق،ص.247.

[2] - بحوث وتعليقات على الأحكام،د.سليمان مرقس، ص 193 ، نقلا عن الضرر الأدبي،د.مبروك النجار،المرجع السابق،ص.247.

[3] - (فقد يتقرر للمطلقة قبل الدخول المتعة ونصف المهر وقد يتقرر للزوج في بدل الخلع)، الضرر الأدبي، د.مبروك النجار،المرجع نفسه،ص249.

طلق زوجته في الحيض على نحو ما ذهب إليه ابن تيمية وابن حزم،[1]ومع ذلك فإن كل ما يترتب عليه هو الإثم، لأن الحاجة قد تكون تقديرية أو نفسية خفيفة لا تخضع للإثبات الظاهر في القضاء.

ولهذا كان الأصل ألا يحكم على الرجل بتعويض مادي للمطلقة بسبب كون الطلاق تعسفاً، ويكتفي بما قرره الشرع من دفع مؤخر الصداق ونفقة العدة والمتعة التي هي تعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق.[2]

في،ق.أ.ج:

للقاضي في القانون الجزائري الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي، على الزوج الذي أساء استعمال حق الطلاق،[3] لفائدة الزوجة التي لحقها ضرر من جراء هذا الطلاق، حسب نص المادة 52 معدلة بالأمر رقم:05- 02:"إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

وقد اشتملت المادة على ما يلي:

1- تحديد التعسف موكل للقاضي، فإن رأى تعسفاً حكم للمطلقة بالتعويض، وإن لم ير ذلك لم يحكم لها بالتعويض.

1- المحلى ،لابن حزم، ج10،مسألة:1953،ص.176.

2- الفقه الإسلامي وأدلته،د.وهبة الزحيلي،المرجع السابق، ج07،ص.401.

3- في الفقه الإسلامي يكون الزوج متعسفا في الحالات التالية: - إذا طلق امرأته وهي حائض.- إذا طلقها في طهر مسها فيه- إذا طلقها في طهر طلق في حيض قبله- إذا طلقها وهي نفساء- إذا طلقها من غير حاجة عنه إلى الطلاق- إذا طلقها ثلاثا أو اثنتين جميعا عند جمهور الفقهاء- إذا اتبعها بطلاق وهي في العدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى عند جمهور الفقهاء،الطلاق و آثاره، د.المصري مبروك،المرجع السابق،ص.234.

2- لا فرق بين المطلقة قبل الدخول وبعده، وسواء فرض لها مهر أم لم يفرض، والرجعية والبائن سواء.

3- لم يحدد الحد الأدنى ولا الحد الأقصى للتعويض.

4- لم يبين الضرر الذي يلحق بالمرأة أَكُل ضررٍ؟ أم الضرر المعنوي دون المادي، أو العكس؟.

5- كل فُرقة من قبلها أو هي السبب فيها، ليس فيها تعويض.[1]

وما دام القانون لم ينص على بعض هذه النقاط، فللقاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حتى يضبط مسألة تعسف الزوج في طلاقه استناداً إلى المادة 222 من ق.أ.ج.

وكذلك الحال بالنسبة لمتعة الطلاق التي لم ينص عليها المشرع الجزائري، والفرق بين المطلقات، ومقدار التعويض لأجل التعسف، كل ذلك موكول للقاضي تقديره، وربما أحسن المشرع في ذلك ، ليكون التعويض ليناسب حالة الزوجة من فقر وحرمان والحالة المالية للزوج.[2]

---

[1] - نص قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة " 134":

- حدد بعض حالات الطلاق التعسفي(لغير سبب معقول)- التعويض لا يكون إلا بطلبها- حدد سقف التعويض بنفقتها مدة سنة- يمكن للزوج دفع التعويض جملة أو أقساطا، مع مراعاة حال الزوج. - وقانون الأحوال الشخصية السوري نص في المادة" 117" على نفس النقاط إلا أنه رفع التعويض إلى نفقة ثلاث سنوات.

2- الوجيز،د. بلحاج العربي،المرجع السابق،ج01،ص.238.

المبحث الثاني:حالة التطليق والنشوز

المطلب الأول:حالة التطليق

الفرع الأول: التفريق بسبب الإعسار أو عدم الإنفاق

الفرع الثاني: التفريق بسبب العيوب والأمراض.

الفرع الثالث: التفريق بسبب الشقاق والأضرار

الفرع الرابع: التفريق بسبب الغياب

المطلب الثاني:حالة النشوز

الفرع الأول: نشوز الزوجة

الفرع الثاني: نشوز الزوج

المطلب الثالث:التعويض عن حالتي التطليق و النشوز

المبحث الثاني:

حالة التطليق والنشوز

تعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى التعويض عن الضرر في كل من التطليق المادة 53 والنشوز المادة 55 ق،أ،ج، وفي هذا المبحث سنتناول الحالتين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

في هذا المبحث ستعرج على حالة التطليق(المطلب الأول)، وفيه التفريق بسبب الإعسار أو عدم الإنفاق(الفرع الأول)، والتفريق بسبب العيوب والأمراض(الفرع الثاني)، والتفريق بسبب الشقاق والإضرار(الفرع الثالث)، والتفريق بسبب الغياب(الفرع الرابع)، أما حالة النشوز(المطلب الثاني)، ففيها سأتطرق لنشوز الزوجة(الفرع الأول)، ونشوز الزوج(الفرع الثاني)، والنفور المتبادل بين الزوجين(الفرع الثالث)، ثم التعويض عن حالتي التطليق والنشوز(المطلب الثالث).

المطلب الأول:

حالة التطليق

إن الله سبحانه وتعالى جعل الطلاق بيد الرجل، وحقُ له وحده، ويمكنه توكيل، أو تفويض غيره في طلاق زوجته، كما يمكن للزوجة أن تفتدي نفسها بالمال وتطلب من زوجها الطلاق،[1] وهذا كله لا يحول دون اعتباره الطلاق بيد الرجل، لأن له القول الفصل بشأن إيقاع الطلاق والامتناع عنه ولكن ليس معنى ذلك أن الشرع الحنيف قد أهمل جانب المرأة كلياً، أو أنه حرمها من الطلاق إذا ما أهينت أو هضمت حقوقها.

فقد أعطى الشرع الحق للمرأة في الالتجاء إلى القاضي ليخلصها من زوجها، إذا غاب عنها أو أساء عشرتها أو آذاها بالقول أو الفعل، ليرفع عنها هذا الضرر، و لم تترك الشريعة هذا الحق مطلقا للمرأة، بل قيدته وحصرته في حالات معينة نذكر منها:

الفرع الأول:

[1] ـــ وهذا يسمى الخلع: والخلع لغة: من خلع ثوبه ونعله و خالعت المرأة بعلها إرادتـه علـى طلاقـه ببـدل منها له،واصطلاحاً: هو بذل المرأة العوض عن طلاقها أو هو طـلاق بعـوض، حكمـه:جائز، الـدليل مـن الكتاب : قال تعالى:{وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُـدُودَ اللَّـهِ فَـإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ}،سورة البقرة،الآيـة 229. مـن السـنة : عـن ابن عباس رضي الله عنه أَنَّ امْرَأَةَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ أَتَتْ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَـتْ (يَـا رَسُـولَ اللَّـهِ ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ مَا أَعْتِبُ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلَا دِينٍ وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّـهِ صَـلَّى اللَّـهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ قَالَتْ نَعَمْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَـلَّمَ اقْبَـلْ الْحَدِيقَـةَ وَطَلِّقْهَـا تَطْلِيقَةً) رواه البخـاري،مج04،ج07،كتـاب الطلاق،بـاب الخلـع،رقم:19،ص83. ينظـر : أحكـام الأسرة .د.داودي عبد القادر، ص 317.

التفريق بسبب الإعسار أو عدم الإنفاق

نفقة الزوجة واجبةٌ بلا خلاف، وهي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح، ولكن الزوج قد يمتنع عن أداء واجبه بسبب عسره، أو شحه، فلا يستطيع الوفاء بما يجب عليه من النفقة، فهل يجوز للقاضي أن يطلق على هذا الزوج زوجته أم لا ؟

ذهب المالكية[1] والشافعية والحنابلة إلى أن المرأة يجوز لها طلب التفريق لعدم الإنفاق واستدلوا بما يلي :

1 ـــ من القرآن:

قوله تعالى:{وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا}،[2] وقوله تعالى:{فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ}،[3] وإن البقاء مع عدم الإنفاق ضرار، وإمساك بغير المعروف، وكان حقا عليه أن يطلق زوجته، ولما لم يقم بذلك وقد تعين عليه قام القاضي مقامه فيه.[4]

2 ـــ من السنة:

ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:(أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ مَا تَرَكَ غِنًى وَالْيَدُ الْعُلْيَا خَيْرٌ مِنْ الْيَدِ السُّفْلَى وَابْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ تَقُولُ الْمَرْأَةُ إِمَّا أَنْ تُطْعِمَنِي وَإِمَّا أَنْ تُطَلِّقَنِي وَيَقُولُ الْعَبْدُ أَطْعِمْنِي وَاسْتَعْمِلْنِي وَيَقُولُ الِابْنُ أَطْعِمْنِي إِلَى مَنْ

[1] ـــ القوانين الفقهية،ابن جزي،المرجع السابق،ص.221.

[2] ـــ سورة البقرة الآية231.

[3] ـــ سورة البقرة الآية 229.

[4] ـــ الأحوال الشخصية،إ.محمد أبو زهرة،المرجع السابق،ص.349.

تَدَعُنِي)، فَقَالُوا يَا أَبَا هُرَيْرَةَ سَمِعْتَ هَذَا مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لَا هَذَا مِنْ كِيسِ أَبِي هُرَيْرَةَ.[1]

ووجه دلالة الحديث: قالوا إن المترتب على عدم الإنفاق هو التفريق، ولو لم يكن كذلك لبين الرسول الله صلى الله عليه وسلم، أن ليس للمرأة أن تطلب التفريق بسبب عدم الإنفاق.[2]

أما الحنفية[3] فقالوا بمنع تطليق المرأة بسبب عدم الإنفاق، وقد استدلوا بما يلي:

1 ــ من القرآن:

قال تعالى:{لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا}،[4] وقوله تعالى:{وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ}.[5]

فالآيتان دلتا على ندب نكاح الفقير، فلا يجوز أن يكون الفقر سبباً للفرقة وهو مندوب معه إلى النكاح.[6]

2 ــ من السنة:

[1] ــ رواه البخاري،مج04، ج07،كتاب النفقات،باب وجوب النفقة، ،رقم90،ص.112.

[2] ــ الطلاق و آثاره،د.مبروك المصري،المرجع السابق،ص.288.

[3] ــ المبسوط، ج05،ص.187. ومذهب الجعفرية فالمشهور فيه أن لا يفرق بين الزوجين لعدم الإنفاق سواء كان لعسر الزوج أو لغيبة، لا يستطيع معها تحويل النفقة إلى زوجته. أحكام الأسرة في الإسلام ،مصطفى شلبي،المرجع السابق،ص. 562.

[4] ــ سورة الطلاق،الآية07.

[5] ــ سورة النور،الآية 32.

[6] ــ الجامع أحكام القرآن،القرطبي، ج02،ص.156.

ما رواه جابر أن أبا بكر وعمر دخلا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجدا حوله نساءه واجماً ساكتاً، وهن يسألنه النفقة، فقام كل واحدٍ منـــهما إلى ابنتـــه فوجـــأ أعناقهما، فأعتزلهن رسول الله صلى الله عليه وسلم شهراً.[1]

***الترجيح في المسألة:**

يقول ابن القيم في زاد المعاد:

" والذي تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة: أن الرجل إذا أغَرَّ المرأة بأنه ذو مال فتزوجته على ذلك، فظهر لها معدماً لا شيء له، أو كان ذا مال وترك الإنفاق على امرأته، و لم تقدر على أخذ كفايتها من ماله بنفسها، ولا بالحاكم، أن لها الفسخ.[2]

وإن تزوجته عالمة بعسرته، وإن كان موسراً ثم أصابته جائحة اجتاحت ماله فلا فسخ لها في ذلك، و لم تزل الناس تصيبهم الفاقة بعد اليسار و لم ترفعهم أزواجهم إلى الحاكم ليفرقوا بينهم وبينهن".[3]

الفرع الثاني:

[1] ـــ رواه مسلم،مج02، ج04،كتاب الطلاق،باب بيان ان تخيير امراته لا يكون طلاقاً الا بالنية،ص.187.

[2] ـــ والقاعدة في المذهب المالكي:"ان كل طلاق يوقعه الحاكم يكون بائناً، الا طلاق المولي، والمعسر بالنفقة فهو رجعي"، الصاوي على الشرح الصغير،ج2،ص.746.

[3] ـــ زاد المعاد في هدى خير العباد، ابن القيم الجوزية، ط14،بيروت،مؤسسة الرسالة، 1986م،ص.521.

التفريق بسبب العيوب والأمراض.

لا شك أن العيوب في أحد الزوجين توهن الحياة الزوجية، وقد تقضي على الألفة بينهما، وهي تؤثر على مقاصد الزواج، وإلزام الزوج أو الزوجة بضرورة بقاء أحدهما مع الآخر، فيه إرهاق لهما، فلا بد من سبيل إلى الفرقة، فإذا كان الزوج يملك حق الطلاق، فهل للزوجة طلب التفريق من القاضي بسبب ذلك أم لا ؟.[1]

ذهب ابن حزم الظاهري و الأوزاعي وعمر بن عبد العزيز إلى عدم جواز فسخ النكاح بسبب العيوب قبل الدخول وبعده والمرأة والرجل في ذلك سواء.[2]واستدلوا بحديث عائشة رضي الله عنها:(أَنَّ رِفَاعَةَ الْقُرَظِيَّ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا فَتَزَوَّجَتْ آخَرَ فَأَتَتْ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَذَكَرَتْ لَهُ أَنَّهُ لَا يَأْتِيهَا وَأَنَّهُ لَيْسَ مَعَهُ إِلَّا مِثْلُ هُدْبَةٍ فَقَالَ لَا حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ).[3]

وقالوا أن وجه الدلالة: أن المرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم شاكية عيب زوجها، فلم يفرق الرسول بينهما ولا ضرب له أجلاً.[4]

أما جمهور الفقهاء فقد ذهبوا إلى جواز الفسخ بالعيوب،[5]واستدلوا بقوله تعالى:{فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ}،[1]ولا شك أن بقاء الزوجة مع زوجها مع وجود ما ينفرها فيه،ليس من الإمساك بالمعروف في شيء ولهذا كان التسريح.[2]

---

[1] ــ ذهب الحنفية أنه يثبت للزوجة فقط،لأن الزوج يستطيع دفع الضرر عن نفسه بالطلاق ولا داعي لرفع الأمر للقضاء لما فيه من التشهير بالمرأة،أ.مصطفى شلبي،المرجع السابق،ص.568.

[2] ــ المحلى،لابن حزم ج11،ص357،نيل الاوطار،الشوكاني ج06،ص.173.

[3] ــ رواه البخاري،مج04،ج07،كتاب الطلاق،باب إذا طلقها ثلاثا، ،رقم61،ص.100.

[4] ــ الطلاق وآثاره،د.مبروك المصري،المرجع السابق،ص.333.

[5] ــ المدونة الكبرى،ج02،ص.55،المغني،ج07،ص.587.

من السنة:

ما روى عن سعيد ابن المسيب أنه قال:(أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَبِهِ جُنُونٌ أَوْ ضَرَرٌ فَإِنَّهَا تُخَيَّرُ فَإِنْ شَاءَتْ قَرَّتْ وَإِنْ شَاءَتْ فَارَقَتْ).[3]

واختلف الفقهاء في العيوب التي تجوز الخيار من مُضيقٍ إلى موسع، وعلى العموم فأهم العيوب المجوزة للفسخ ثلاثة عشر عيباً، منها ما هو خاص بالزوج، ومنها ما هو خاص بالزوجة، ومنها ما هو مشترك بينهما.[4]

وأهم ما يختص به الرجل: " الخصاء والجب والعنّة والاعتراض "،[5] وأهم ما تختص به المرأة"الرّتق والقرن والغفل والبخر"،[6] وما يشتركان فيه " الجذام ، البرص ، العذيطة ، الجنون".[1]

---

[1] ـــ سورة البقرة الآية 229.

[2] ـــ بدائع الصنائع،الكسائي،المرجع السابق،ص.232.

[3] ـــ رواه مالك في الموطأ،كتاب الطلاق،باب ما جاء به الخيار،رقم1195،ص.300،واخرجه البيهقي في السنن الكبرى بلفظ:"فإن شاءت فارقته وإن شاءت قرت" ج07،كتاب النكاح،رقم14231،ص.351.

[4] ـــ الطلاق وآثاره،د.مبروك المصري،المرجع السابق،ص.338.

[5] ـــ الخصاء: هو سل الخصيتين، الجب: هو استئصال عضو التناسل، العنة: ارتخاء في عضو التناسل يمنع القدرة على الوطء، الاعتراض: عدم انتشار عضو التناسل.

[6] ـــ الرق: هو انسداد الفرج، القرن: لحم بنبت في الفرج،وقيل عظم ينبت في الفرج، الفتق: انحراف مابين القبل والدبر، الغفل: كالرغوة في الفرج يمنع لذة الجماع، البخر: رائحة نتنة تخرج من الفرج.

وهذه الأمراض أو العيوب ليست على سبيل الحصر، بل هي ما عُدّ منفراً عندهم، فيلحق به في الحكم كل ما كان مثلها، او أشد لأنها أولى، كمرض السيدا أو بعض الأمراض المعدية أو المزمنة التي لا يرجى شفاؤها، ولا يستطيع الطرف السليم الصبر معها على الآخر، إلا بمشقة أو حرج شديدين.[2]

الفرع الثالث:

التفريق بسبب الشقاق والإضرار

الحياة الزوجية غايتها المودة والرحمة، ومن مقاصدها التناسل وتكوين الأسرة، وهذه المقاصد والغايات لا تتحقق إلا بالاستقرار ودوام المودة بين الزوجين، فإذا ثار النزاع بينهما، وأصبح الشقاق والنزاع هي الصفتان اللتان يتميزان بها، فالزوجة في هذه الحالة أن تطلب التطليق خاصة إذا تعرضت هذه الزوجة إلى ضرر، لا تستطيع دفعه عنها بسبب الزوج.

وقد تتفرع أسباب الضرر، فجاء في حاشية الدسوقي:[و(لها) أي الزوجة (التطليق) على الزوج(بالضرر)، وهو ما لا يجوز شرعاً]،[3]ويدخل تحت مسمى الضرر الضرب والسب والشتم، فالزوجة ترفع أمرها إلى القاضي بزجره عن ذلك.[4]

---

[1] ـــ الجنون: وهو ذهاب العقل، الجدام: مرض يتآكل من اللحم ويتساقط، البرص: بياض يبدو في ظاهرة البدن، العذيطة: من لا يستمسك خلاؤه عند الجماع.

[2] ـــ أحكام الأسرة،د.داودي عبد القادر،المرجع السابق،ص.310.

[3] ـــ حاشية الدسوقي،محمد عرفة الدسوقي،،المرجع السابق،ج02،ص.345.

[4] ـــ حاشية الخرشي، محمد الخرشي المالكي، ضبط زكريا عميرات،بيروت،دار الكتب العلمية،1997م،ص.07.

وإذا ادَّعى كل واحد منهما الإضرار بالآخر، وعجز كل واحد منهما عن الإثبات و أشكل الأمر على القضاء، بعث حكمين عدلين رشيدين من أهلهما، إن أمكن وإلا فمن غيرهما، وأصلحا بينهما إن أمكن الإصلاح.[1]

والأصل في بعث الحكمين قوله تعالى:{وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا}.[2]

فإذا توصل الحكمان إلى الإصلاح بينهما انتهت المسألة، وإن لم يستطيعا ذلك فإن كان الزوج هو المسيءُ أو الأكثر إساءةً، فرق الحكمان بينهما بدون عوضٍ، وإن كانت الزوجة هي المسيئةُ أو الأكثر إساءةً، فهما مخيران بين البقاء على الزوجين ويأمران الزوج بالصبر وحسن المعاملة، وبين خلع المرأة منه في نظير عوضٍ، وإن كانت الإساءةُ منهما على السواء، كان لهما أن يفرقا بينهما بدون عوض، أو يخلعاها بعوض يسير، ويقع هذا التفريق طلاقاً بائناً.[3]

الفرع الرابع:

التفريق بسبب الغياب

الحياة الزوجية تعني الدفء والاستقرار وتعني وجود رب الأسرة لرعايتها، فإذا غاب عنها، فإن هذا الاستقرار يتلاشى، وقد يكون ألم الفراق المعنوي أضر من عدم الإنفاق،

---

[1] ــ الأحوال الشخصية،إ.محمد أبو زهرة،المرجع السابق،ص. 362.

[2] ــ سورة النساء،الآية 35.

[3] ــ أحكام الأسرة في الإسلام،أ.مصطفى شلبي،المرجع السابق،ص.583.جاء في المدونة قول الإمام مالك " لا ينبغي أن يأخذا من الزوج شيئا ويطلقا عليه" المدونة الكبرى،ج03،ص.257.

ولأن للجسم مطالب متعددة تفوق السكن والغذاء والكساء وهي العناصر التقليدية للنفقة.

فالزوجة إذا تضررت من فراق زوجها وغيابه عنها لها أن تطلب التطليق من القاضي، لكن هذا السبب كان محل خلاف بين فقهاء المذاهب.

ذهب الحنفية والشافعية[1] إلى أنه لا يحق لها هذا الطلب ولا تجاب له، لعدم وجود ما يصلح سبباً للتفريق في نظرهم.

ومنهم من ذهب إلى جوازه وبه قال المالكية[2] والحنابلة،[3] على خلاف في التفاصيل، في إعطاء المرأة حق طلب التفريق لغياب الزوج.

وفي معنى الغياب وحكمه السجن: فإن زوجة السجين يلحقها من الضرر ما يلحق زوجة الغائب أو يزيد، فيجوز رفع دعوى للقضاء لينظر في أمرها، ويحكم فيما يراه القاضي عدلاً محققا المصلحة.[4]

في ق،أ،ج:

[1] ـــ مذهب الجعفرية " المفقود: وهو من لا يعلم مكانه، فإن كان له مال تنفق منه أو له ولي ينفق عليها أو وجد متبرع بالنفقة وجب عليها الصبر والانتظار حتى تعلم حياته أو موته، وبعد أربع سنوات إن تأكد من موته طلقت عليه زوجته، لا لغيبته ولكن لموته" مصطفى شلبي،المرجع نفسه،ص.587.

[2] ـــ حاشية الدسوقي،محمد عرفة الدسوقي،المرجع السابق،ج02،ص.345.

[3] ـــ المغني،لابن قدامى،ج09،ص.130.

[4] ـــ أحكام الأسرة،د.داودي عبد القادر،المرجع السابق،ص.314.

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة، على أن الزوجة تستطيع طلب التطليق[1]، وقد عدد أسبابه في المادة 53(معدلة) من ق،أ،ج، إذ جاءت على النحو الأتي:

" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:[2]

- عدم الاتفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78و79 و80 من هذا القانون.[3]
- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
- الغيبة بعد مرور سنة بلا عذر ولا نفقة.
- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.[4]
- ارتكاب فاحشة مبينة.
- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
- كل ضرر معتبر شرعا.

---

[1] ـــ ونص القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 في المواد 6-11 والقانون السوري في المواد 112-115 على أحكام التفريق للشقاق، وهي أحكام متفق عليها في القانونين، إلا أن القانون المصري لم يذهب إلى التفريق بسبب إساءة الزوجة، وأخذ القانون السوري بمذهب المالكية في أن التفريق يكون بسبب الضرر من أحد الزوجين. وعدَّل القانون السوري سنة 1975 المادة 3/112 ، فلم يحكم بالتفريق في الحال، وإنما يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر إذا لم يثبُت الضرر أملاً بالمصالحة.

[2] ـــ هذه المادة عدلت بالأمر 05-02بحيث كانت تنص على 07 أسباب في ظل القانون 84-11، وبهذا التعديل أصبحت الأسباب 10.

[3] ـــ تنص المواد: 78: على ما تشمله النفقة،79: تقدير النفقة يكون للقاضي،80: بداية حساب النفقة.

[4] ـــ وهي تخص تعدد الزوجات والإجراءات المعمول بها في هذا الشأن.

المطلب الثاني:

حالة النشوز

لم يترك الإسلام داء يعكر صفو الحياة الزوجية إلا وجعل له دواء، فإذا ما قدر أن يتصدع كيان الأسرة بسبب تعنت أحد الزوجين، أو كليهما ونتيجة لذلك تعطلت الحقوق أو الواجبات المتبادلة بينهما ، وصار العناد والشقاق هو سمة هذه العلاقة فهذا ما يسميه الفقهاء " النشوز".

أولاً:النشوز في اللغة:

مصدر نَشَزَ، ينشُزُ، معناه ارتفع، وهو مأخوذ من النَّشْزِ: هو المكان المرتفع من الأرض،[1]قال تعالى:{...وَانْظُرْ إِلَى الْعِظَامِ كَيْفَ نُنْشِزُهَا ثُمَّ نَكْسُوهَا لَحْمًا...}،[2] أي نركب بعضها فوق بعض من النشاز، وهو الرفع يقال لما ارتفع من الأرض نشز، ومنه نشوز المرأة.[3]

ثانياً:النشوز في الاصطلاح:

هو الترفع عن الطاعة، أي عصيان الزوجة لزوجها فيما أمرها الله،[4]النشوز: قد يكون من المرأة وقد يكون من الرجل، وقد يدعيه كل منهما على صاحبه.[1]

[1] ــ لسان العرب،ابن منظور،المرجع السابق،مج06،ج49،باب النون،ص.4425.
[2] ــ سورة البقرة،الآية259.
[3] ــ صفوة التفاسير،د.محمد علي الصابوني،ج01،ص.149.
[4] ــ نظرية التعسف،د.فتحي الدريني،المرجع السابق،ص.254.

الفرع الأول:

نشوز الزوجة

يقول الله تعالى:{...وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا}،[2]يقول الإمام الصابوني في تفسير الآية: "هن النساء العاصيات المتمردات أي اللاتي يتكبرن و يتعالين عن طاعة الأزواج فعليكم أيها الرجال أن تسلكوا معهن سبل الإصلاح".[3]

للزوج على زوجته طاعته بالمعروف، فإن تعالت الزوجة وترفعت عن زوجها أو عصته فيما أوجبه الله له عليها، فإنه سبحانه وتعالى قد قدم العلاج الشافي لهذا الأمر حرصاً منه على أن تستمر الحياة الزوجية في ودٍ ووئام وسعادة وهناء، قال تعالى:{...فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ...}.[4]

أولاً: الوعظ والإرشاد:

وذلك بإخبارها بما أوجبه الله عليها من طاعة، مع ذكر الوعد والوعيد، قال ابن قدامة : " .... فيخوفها بالله سبحانه وتعالى ويذكر لها ما أوجب الله له عليها من الحق

---

[1] ـــ النشوز،أ.صالح بن غانم السدلان،ط04،الرياض،دار بلسنية،1417هـــ،ص.15.

[2] ـــ سورة النساء،الآية 34.

[3] ـــ صفوة التفاسير،د. الصابوني،المرجع نفسه،ج01،ص.251.

[4] ـــ سورة النساء،الآية 34.

ومن الطاعة، وما يلحقها من الإثم بالمخالفة والمعصية، وما يسقط بذلك من حقوقها من النفقة و الكسوة، وما يباح له من ضربها وهجرها".[1]

ثانياً: الهجر في المضجع:

فإن استمرت الزوجة في النشوز مع الوعظ والإرشاد هجرها في المضجع، ولا يكون الهجر إلا في المضجع لا ترك البيت كله، لحديثه صلى الله عليه وسلم (... ولا تهجر إلا في البيت)،[2]ولا تتحول عنها، أو تحولها إلى دار أخرى، إنما الهجر في الفراش.[3]

ثالثاً:الضرب:[4]

فإن تمادت في تعاليها وترفعها ضربها ضرباً غير مبرح، لا يكسر عظماً ولا يشين جارحةً- إن ظن إفادته – فإن أطاعته فلا سبيل له عليها بعد الطاعة،[5] يقول الصاوي

[1] ـــ المغني،ابن قدامة ج7،ص46.(وقال الحنفية: النفقة التي تسقط بالنشوز أو الموت هي النفقة المفروضة لا المستدانة في الأصح) الفقه الإسلامي وأدلته،د.وهبة الزحيلي،ج09،ص.364.

[2] ـــ رواه أبو داود،ج6،ص.45،رقم1830. ومسند احمد،ج08،ص177،رقم20560.

[3] ـــ الفقه المالكي،أ.محمد بشير الشقفة،المرجع السابق،ج32،ص.682.

[4] ـــ إذا تحقق الزوج أو ظن عدم إفادة الضرب، أو شك فيها، فلا يضربها، لأنها وسيلة إلى إصلاح حالها والوسيلة لا تشرع عند عدم ترتيب المقصود عليها)،منح الجليل شرح مختصر خليل،محمد بن احمد بن محمد عليش،بيروت،دار الفكر،1409هـ،1989م،ج2،ص.176.

[5] ـــ الطلاق وآثاره،د.مبروك المصري،المرجع السابق،ص.247

الفقيه المالكي:" واعلم أن الهجر والضرب لا يسوغ فعلهما إلا إذا تحقق النشوز، ويزاد في الضرب إن ظن الإفادة، وأما الوعظ فلا يشترط فيه تحقيق النشوز ولا ظن الإفادة"،[1] وقد ختم المولى سبحانه وتعالى الآية بقوله: {...فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا}،[2]أي فإن أطعن أمركم فلا تلتمسوا طريقا لإيذائهن...فإن الله تعالى أعلى منكم وأكبر، وهو وليهن ينتقم ممن ظلمهن وبغى عليهن.[3]

الفرع الثاني:

نشوز الزوج

قد يميل الزوج إلى امرأة أخرى، ويترك الأولى مهملة، وقد يضربها أو يمنع عنها النفقة أو القسم في المبيت، ففي كل هذه الحالات يعد ظلماً أو متعدياً فللمرأة أن تطالب بحقها ولها أن تصبر وتتنازل عن بعض حقوقها، أو تتصالح مع زوجها، قال تعالى:{وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا}.[4]

جاء في صحيح البخاري:

[1] ــ أسهل المدارك،المرجع السابق،ج02،ص.131.

[2] ــ سورة النساء،الآية 34.

[3] ــ صفوة التفاسير،د.محمد علي الصابوني،المرجع السابق،ج01،ص.252.

[4] ــ سورة النساء،الآية 128.

عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها في قوله تعالى:(وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا)، قالت: هي المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج غيرها، تقول له: أمسكني ولا تطلقني ثم تزوج غيري فأنت في حل من النفقة علي والقسمة لي، فذلك قوله تعالى: {فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ}.[1]

فلا بأس أن تضع عنه بعض حقوقها تسترضيه بذلك، ومتى صالحته على ترك شيء من قسمها أو نفقتها أو على ذلك كله جائز،[2] ثم إن المرأة بالخيار إن شاءت صبرت واحتسبت أمرها إلى الله، وتنازلت عن بعض حقوقها، وإن شاءت طالبته بحقوقها وليس له إلا أن يمسك بمعروف أو يسرح بإحسان.

الفرع الثالث:

النفور المتبادل بين الزوجين

[1] ـــ رواه البخاري،مج04، ج07، كتاب النكاح، باب وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً، رقم136، ص.58.

[2] ـــ المغني، لأبن قدامة، ج08، ص.165.

إذا استحكم الخلاف بين الزوجين، وادعى كل منهما القيام بحقوق الآخر، وتشابك الأمر حتى لا يستطاع معرفة الظالم من المظلوم، كان بعث الحكمين للتحري في الأمر و محاولة الصلح بينهما.[1]

قال الله تعالى: { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا}،[2] أي وإن خشيتم أيها الحكام مخالفة وعداوة بين الزوجين، فوجهوا حكماً عدلاً من أهل الزوج، وحكماً عدلاً من أهل الزوجة، يجتمعان فينظران في أمرهما و يفعلان ما فيه المصلحة.[3]

اتفق الفقهاء على بعث حكمين إذا وقع الشقاق بين الزوجين، و لم يعلم الناشز منهما، أو كان كل منهما ناشزاً، فأبى الزوج أن يمسك بالمعروف أو يسرح بإحسان، وأبت الزوجة أن تؤدي الحقوق التي ألزمها الله بها لزوجها.[4]

ويشترط لصحة حكم الحكمين أن يكونا: مسلمين، حُرَّين، بالغين، ذكرين، عدلين، راشدين، فقيهين في مسائل الصلح، من أهل الزوجين ما أمكن،[5]اختُلف في حق الحكمين بالتفريق بين الزوجين وهذا الاختلاف راجع إلى:

- من قال إن الحكمين وكيلان عن الزوجين، إذاً لا يجوز لهما التفريق، وبه قال الحنفية وقول الشافعي ورواية عن الحنابلة وابن حزم الظاهري.[6]

---

[1] ــ المدونة الكبرى، ج02،ص.270.

[2] ــ سورة النساء،الآية 35.

[3] ــ صفوة التفاسير،د.محمد علي الصابوني،ج01،ص.252.

[4] ــ النشوز،أ.صالح بن غانم،المرجع السابق،ص.56.

[5] ــ الفقه المالكي في ثوبه الجديد،أ.محمد بشير الشقفه،المرجع السابق،ج3،ص.636.

[6] ــ المحلى،لأبن حزم،ج10.ص.87.

– ومن قال: الحكمان مبعوثان من قبل القاضي أو الحاكم لحل النزاع بين الزوجين، فلهما فعل ما فيه المصلحة، حتى وإن كان التفريق،وبه قال المالكية ورواية عن الحنابلة.[1]

وجمهور القائلين بأن الحكمين لهما حق التفريق، قالوا إنه طلاق بائن، "وهي واحدة لا رجعة له فيها"،[2]لأن المعنى الذي لأجله وقع الطلاق، هو الشقاق ولو شرعت الرجعة لعاد الشقاق كما كان أول دفعة، فلم يكن ذلك يفيد شيئاً فامتنعت الرجعة لأجله.[3]

في ق.أ.ج:

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة (55) على أن "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"، يفهم من سياق المادة، إن القاضي يحكم بالطلاق لمجرد ثبوت النشوز، وكان على المشرع مراعاة جانب الصلح أولاً، وقد سبق له أن أشار إلى الصلح قبل الحكم بالطلاق في المادة 49[4]من نفس القانون.

ـــ ففي حالة ما إذا كانت الزوجة ناشزا، يحكم القاضي بالطلاق مع التعويض للزوج باعتباره الطرف المتضرر.

---

[1] ـــ "...يجوز قولهما بين الرجل و امرأته في الفرقة و الاجتماع" الموطأ، للإمام مالك،ص311.المغني،لابن قدامة، ج7،ص.49.

[2] ـــ المدونة الكبرى، ج2،ص.268.

[3] ـــ الطلاق وآثاره،د.مبروك المصري،المرجع السابق،ص.257.

[4] ـــ المادة (49) من ق،أ،ج (معدلة) (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى...).

ـــ أما في حالة ما إذا كان الزوج ناشزا، يحكم القاضي بالطلاق مع التعويض للزوجة باعتبارها الطرف المتضرر.[1]

أما حالة النفور المتبادل فقد نصت عليها المادة 56 من ق،أ،ج على ما يلي:

" إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين، حكماً من أهل الزوج، وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين"،ويفهم من هذه المادة ما يلي:

ـــ وجوب تعيين الحكمين عند اشتداد الخصومة وعدم ثبوت الضرر.

ـــ إن المهمة الأساسية للحكمين هي التوفيق بين الزوجين.

ـــ إذا تبين الضرر وجهته وعرف الظالم من المظلوم أجبر الظالم على إزالة الضرر.

ـــ إن مهمة تعيين الحكمين من صلاحيات القاضي.

ـــ يقدم الحكمان تقريراً مفصلاً عن مهمتهما التوفيقية أو الإصلاحية للقاضي الذي عينهما في أجل لا يتعدى الشهرين.[2]

المطلب الثالث:

[1] ـــ الطلاق وآثاره،د.مبروك المصري،المرجع السابق،ص.260.

[2] ـــ أحكام الأسرة،د.داودي عبد القادر،المرجع السابق،ص.221.

التعويض عن حالتي التطليق و النشوز

قد يرتبط التفريق القضائي أو النشوز بالتعويض، وهذا ما جاءت به المادتان 53مكرر:"يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"،[1]وتقابلها المادة 101 من مدونة الأحوال الشخصية المغربي[2] والمادة55 من ق،أ،ج التي تنص على ما يلي:"عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و التعويض للطرف المتضرر".

التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري بمقتضى الأمر رقم:05-02 قد كرس التفريق القضائي من جهة زيادة أسبابه والذي يتحدد من 07أسباب إلى 10 أسباب، ومن جهة أخرى حين قرر له التعويض، تاركاً السلطة التقديرية للقاضي في ذلك، فيجوز له أن يعتمد التعويض كآلية ثانية، كما يجوز له أن لا يعتمدها، ويعد هذا التعديل تكريساً لما هو مقرر قضاءً، فعلى مستوى قرارات المحكمة العليا الجزائرية، للزوجة حق طلب التفريق مع التعويض استنادا على وجود ضرر معتبر شرعاً،[3]رغم أنها لم تكن تقرر التعويض قبل سنة 1996م، وقد أسس قضاة المحكمة قرارهم على ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، فالمتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها، وليس المرأة التي تختار فراق زوجها.[4]

[1] ــ أُضيفت بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 27فبراير2005ج،ر15،ص22.

[2] ــ يقابل المادة 53مكرر من ق،أ،ج، المادة 101 من مدونة الأحوال الشخصية المغربي حيث تنص على أنه "في حالة الحكم بالتطليق للضرر للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر".

[3] ــ قرار رقم:135435، المؤرخ في: 1996/04/23،ينظر:افتراض النتيجة الضررية في دعوى التفريق القضائي،احمد بولقصيبات،رسالة ماجستير، ،جامعة الأمير عبد القادر،قسنطينة،2006-2007م،ص.54.

[4] ــ قرار رقم 51614 المؤرخ في1988/11/21المجلة القضائية سنة 1990،عدد4،ص.64،وقد تجاهل القضاة مبادئ المسؤولية التقصيرية التي تقضي بأن المرء مسؤول عن كل ضرر ارْتُكب بخطأ منه، ومبدأ مسؤولية كل فرد عن عمله الذي أرسته قواعد الشريعة الإسلامية بنصوص القرآن والسنة، والأعمال الموجبة لضمان العدوان

إذاً فالتعويض عن الضرر المعنوي مسألة تركها المشرع في الجزائر لقاضي الموضوع، حيث يملك هذا الأخير سلطة تقديرية كاملة في تقدير التعويض عن هذا الضرر، سواء في حالة التطليق أو حالة النشوز، إذ يجب عليه مراعاة القواعد القانونية في هذا الشأن، وعناصر وشروط الضرر المعنوي، لأنها من المسائل التي تخضع فيها لرقابة المحكمة العليا.

تتنوع، حتى ولو كان المعتدي زوجاً، تنوعاً يصعب معه حصرها، والمعيار العام هو أن يكون الفعل المنشئ للضرر غير مأذون في فعله بأصله إذا كان محرماً، أو بوصفه، افتراض النتيجة الضررية،أحمد بولقصيبات،المرجع السابق، ص.54.

الخاتمة

الخاتمة:

وبعد خوض غمار هذا الموضوع الموسوم بـــ: التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، كدراسة مقارنة تمكنت من الخروج بجملة من النتائج و تقديم جملة من الاقتراحات و التوصيات.

أولاً: النتائج:

*الضرر نوعان مادي و معنوي، فالمادي لا خلاف في تعويضه، أما المعنوي فاختلف فيه على قولين.

*الخطبة أو الوعد بالزواج لا يعتبران عقداً، ولا يرتبان التزامات قانونية، ومجرد العدول عن الخطبة أو الوعد بالزواج لا يكون سبباً موجباً للتعويض.

*أما إذا اقترن بالعدول أفعال أخرى، ترتب عنها أضرار مادية أو معنوية، بأحد الخطيبين جازت المطالبة بالتعويض والحكم به، وهذا ما استقر عليه القضاء مجاراة للتطور الذي تعرفه المجتمعات المتحضرة، والتي تأبى تلاعب البعض بحقوق الغير خاصة في مجال الأحوال الشخصية.

*الشارع الحكيم يكره الطلاق ويبغضه، كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:(مَا أَحَلَّ اللَّهُ شَيْئًا أَبْغَضَ إِلَيْهِ مِنْ الطَّلَاقِ)،[1] فالمرأة حينما أعطاها الله حق المطالبة بالتطليق، لم يكن إلا ضرورة تقدر بقدرها، وقال صلى الله عليه وسلم:(أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا طَلَاقًا فِي غَيْرِ مَا بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ).[2]

[1] ـــ سبق تخريجه،ص.70.

[2] ـــ سبق تخريجه،ص.70.

ثانياً:الاقتراحات:

*دعوة المشرع الجزائري إلى تعديل أحكام قانون الأسرة المعدل المخالفة للشريعة الإسلامية، خاصة فيما يتعلق بالمسائل التي تمت دراستها في هذا البحث.

*على المشرع الجزائري أن يستفيد من الأحكام التي قررها الفقهاء المسلمون في مجال الأحوال الشخصية.

*دعوة فقهاء القانون والباحثين فيه خاصة المتخصصين منهم في قانون الأسرة، إلى المزيد من العناية به وشرح أحكامه، وليس مجرد ربط الأحكام القضائية مع مواد القانون.

*توجيه الباحثين إلى التركيز أكثر على بيان الحِكَم والمقاصد المتوخاة من تلك الأحكام، وعدم الاكتفاء بتقرير أحكام الشريعة في مجال الأسرة فقد استهلكت معظمها.

*توعية المضرورين معنوياً بحقوقهم في التعويض، وذلك بعقد أيام دراسية سواء على مستوى المرافق القضائية أو الجامعية، وتكوين القضاة المتخصصين ذوي الكفاءات، ومن ثم الإسراع في الفصل في دعوى التعويض وتسهيل إجراءاته.

هذا وفي الأخير فإن أصبت فبتوفيق من الله فله الفضل أولا وأخرا، ثم لأساتذتي الأفاضل وأخص بالذكر الأستاذة الدكتورة: حبار آمال، وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان والله ورسوله منه براء، والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل.

فهرسة الآيات القرآنية

الرقم	الآية	السورة والآية	الصفحة
01	قوله تعالى:{وَلَا تُفسدُوا فِي الأرض بَعدَ إِصلَاحِهَا}	سورة الأعراف،الآية 56	05
02	{ قُلَ اَتَعْبُدُونَ مِن دُونِ اِللهِ مَا لَا يَمْلِكُ لَكُمْ ضَرّاً ولَا نَفْعاً وَاللهُ هُوَ اَلسَّمِيعُ العَلِيمُ}	سورة المائدة، الآية 76	05
03	{وَإِذَا مَسَّ اَلاِنَسانَ اَلضُّرُّ دَعَانَا لِجَنبِهِ..كَأَن لَّم يَدعُنَا إِلَى ضُرٍّ مَّسَّهُ}	سورة يونس،الآية 12	05
04	{... وَيَتَعَلَّمُونَ مَا يَضُرُّهُمْ وَلَا يَنْفَعُهُمْ...}	سورة البقرة،الآية 102	05
05	{وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ...}	سورة الأنعام،الآية 108	13
06	{ وَلا تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ}	سورة البقرة،الآية 188	28
07	{ يَاأَيُّهَا اَلذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةٌ عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ}	سورة النساء،الآية 29	28

الصفحة	السورة والآية	الآية	الرقم
31	سورة البقرة،الآية 194	{فَمَنِ اِعتَدى عَلَيكُم فَاعتَدُواْ عَلَيهِ بِمِثلِ مَا اَعتَدى عَلَيكُم}	08
32	سورة النحل،الآية 126	{وَإِن عَاقَبتُم فَعَاقِبُواْ بِمِثلِ مَا عُوقِبتُم بِهِ}	09
32	سورة الشورى،الآية 40	{وَ جَزَآءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا}	10
46،41	سورة البقرة،الآية 235	{... وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ ...}	11
43	سورة النور،الآية 30	{قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ...}	12
52	سورة النساء،الآية 43	{...فَالصّالِحاتُ قانِتاتٌ حافِظاتٌ لِلْغَيْبِ بِما حَفِظَ اللهُ...}	13
59	سورة الإسراء،الآية 34	{...وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا}	14

15	{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ، كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ}	سورة الصف،الآيتان2،3.	64
16	{ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً...}	سورة النساء،الآية 04	70
17	{وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ}	سورة الروم،الآية 21	74
18	{وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا}	سورة النساء،الآية130	74
19	{الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ}	سورة البقرة،الآية229	79،82،90،99،108، 109،113
20	{لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ}	سورة البقرة،الآية 236	76،81،82،100،101
21	{يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ}	سورة الطلاق،الآية 01	76،81،82

22	{...وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا}	سورة النساء،الآية 34	120،119،78
23	{فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا}	سورة النساء،الآية 19	78
24	{وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا}	سورة النساء،الآية35	122،115،78
25	{وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا}	سورة البقرة الآية 231	109،90
26	{وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ}	سورة البقرة، الآية 237	100

فهرسة الأحاديث النبوية

الرقم	طرف الحديث	مخرجه	لصفحة
01	قال صلى الله عليه وسلم:(لا ضَرَرَ و لا ضِرارَ)	مالك،ابن ماجه، أحمد، البيهقي	91،89،06

02	(في كل إبل سائمة في كل أربعين ابنة لبون لا يفرق إبل عن حسابها.)	النسائي	28
03	(...كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه)	مسلم	33
04	(...إن دماءكم و أموالكم و أعراضكم عليكم حرام،..)	مسلم	33
05	(أن النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعَثَ أَبَا جَهْمِ بْنَ حُذَيْفَةَ مُصَدِّقًا فَلَاجَّهُ رَجُلٌ فِي صَدَقَتِهِ....)	أبو داود ،ابن ماجه، أحمد،البيهقي	34
06	(روى أن عمر بعث إلى امرأة مغيبة، كان رجل يدخل عليها، فقالت: يا ويلها، ما لها و لعمر، فبينما هي في الطريق اذ فزعت فضربها الطلق...)	البيهقي	35
07	(نَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَبِيعَ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ وَلَا يَخْطُبَ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَتْرُكَ الْخَاطِبُ قَبْلَهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهُ الْخَاطِبُ)	البخاري، مسلم	40
08	(إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه ألا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير)	البيهقي	41
09	(إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ فَإِنْ اسْتَطَاعَ...)	أبو داود	42
10	(أَنْتَ أَخِي فِي دِينِ اللَّهِ وَكِتَابِهِ وَهِيَ لِي حَلَالٌ)	البخاري	43

11	(أَنَّهُ خَطَبَ امْرَأَةً فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ انْظُرْ إِلَيْهَا فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا)	الترميدي،النسائي،ابن ماجه،أحمد	45
12	(ما يروي أن سكينة بنت حنظلة قالت: استأذن على محمد بن الحسن، و لم تنقض عدتي من مهلك زوجي...)	الدار قطني	47
13	(تَزَوَّجْتَ يَا جَابِرُ؟، قُلْتُ: نَعَمْ، قَالَ: بِكْرًا أَمْ ثَيِّبًا؟...)	البخاري،مسلم	48
14	(تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا وَجَمَالِهَا وَلِدِينِهَا فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ)	البخاري،مسلم	48
15	(نَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَبِيعَ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ ...)	البخاري،مسلم	50
16	(الْمُؤْمِنُ أَخُو الْمُؤْمِنِ فَلَا يَحِلُّ لِلْمُؤْمِنِ أَنْ يَبْتَاعَ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ وَلَا يَخْطُبَ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَذَرَ)	مسلم	50
17	(خَطَبْتُ امْرَأَةً فَجَعَلْتُ أَتَخَبَّأُ لَهَا حَتَّى نَظَرْتُ إِلَيْهَا فِي نَخْلٍ لَهَا فَقِيلَ لَهُ أَتَفْعَلُ هَذَا وَأَنْتَ صَاحِبُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ...)	ابن ماجه،أحمد	53
18		الحاكم	53
19	(...ومَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا يَخْلُوَنَّ بِامْرَأَةٍ لَيْسَ مَعَهَا ذُو مَحْرَمٍ مِنْهَا فَإِنَّ ثَالِثَهُمَا الشَّيْطَانُ)	احمد	59،54،

20	(لأَنْ يُطْعَنَ فِي رَأْسِ أَحَدِكُمْ بِمِخْيَطٍ مِنْ حَدِيدٍ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَمَسَّ امْرَأَةً لا تَحِلُّ لَهُ)	الطبراني	54
21	(اضْمَنُوا لِي سِتًّا مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَضْمَنْ لَكُمْ الْجَنَّةَ اصْدُقُوا إِذَا حَدَّثْتُمْ وَأَوْفُوا إِذَا وَعَدْتُمْ وَأَدُّوا إِذَا اؤْتُمِنْتُمْ ...)	أحمد،البيهقي،الحاكم	59
22	(مَا أَحَلَّ اللَّهُ شَيْئًا أَبْغَضَ إِلَيْهِ مِنْ الطَّلَاقِ)	أبو داود	79،76،74،
23	ثبت عنه صلى الله عليه وسلم أنه طلق حفصة بنت عمر بن الخطاب ثم راجعها	أبو داود، النسائي	81،76
24	(أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى الطَّلَاقُ)	أبو داوود،ابن ماجه	79
25	(أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا طَلَاقًا فِي غَيْرِ مَا بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ).	الترمذي، ابن ماجه، أبو داوود،	79
26	(ملعون من ضار مسلما ...)	الترمذي	85
27	عنه أَنَّ امْرَأَةَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ أَتَتْ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ (يَا رَسُولَ اللَّهِ ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ مَا أَعْتِبُ عَلَيْهِ فِي...)	البخاري	108
28	(أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ مَا تَرَكَ غِنًى وَالْيَدُ الْعُلْيَا خَيْرٌ مِنْ الْيَدِ السُّفْلَى...)	البخاري	110
29	(ما رواه جابر أن أبا بكر وعمر دخلا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجدوا حوله نساءه...)	مسلم	111
30	(أَنَّ رِفَاعَةَ الْقُرَظِيَّ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا فَتَزَوَّجَتْ آخرَ فَأَتَتْ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ	البخاري	112

	وَسَلَّمَ...)		
31	(أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَبِهِ جُنُونٌ أَوْ ضَرَرٌ فَإِنَّهَا تُخَيَّرُ فَإِنْ شَاءَتْ قَرَّتْ وَإِنْ شَاءَتْ فَارَقَتْ)	مالك،البيهقي	113
32	(... ولا تهجر إلا في البيت)	أبو داود،احمد	120
33	عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها في قوله تعالى:(وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا)، قالت: هي المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها فيريد طلاقها...)	البخاري	121

فهرسة المصادر والمراجع

المصادر و المراجع

أولاً: القرآن الكريم برواية حفص

ثانياً: التفسير:

. أحكام القرآن.لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي،بيروت،دار الكتاب العلمية،[د،ت].

. الجامع لأحكام القرآن،لابن عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي،بيروت،دار إحياء التراث العربي،[د،ت].

. مختصر تفسير ابن كثير،عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي، اختصار محمد علي الصابوني،بيروت،دار القرآن الكريم،[د،ت].

. صفوة التفاسير تفسير للقرآن الكريم،محمد على الصابوني،بيروت، دار الفكر،2001م.

ثالثاً: السنة النبوية:

. جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم،زين الدين أبو الفرج عبد الرحمان بن شهاب الدين الشهير بابن رجب الحنبلي،تحقيق ماهر ياسين الفحل،بيروت،دار ابن كثير،1429هـ،2008م.

. الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم،أبو الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، بيروت،دار المعرفة[د،ت].

. زاد المعاد في هدى خير العباد،ابن القيم الجوزية،ط14،بيروت،مؤسسة الرسالة،1986م.

. الموطأ،مالك بن انس المتوفى179هـ،برواية يحي بن يحي بن كثير الليثي الأندلسي القرطبي243هـ،عين مليلة،دار الهدى،2011م.

. المنتقى شرح موطأ الإمام مالك،أبو الوليد الباجي،بيروت،دار الفكر،1983م.

. مسند الإمام احمد بن حنبل،تحقيق:محمد عبد القادر عطا،بيروت،دار الكتب العلمية،2008م.

. المستدرك على الصحيحين،ابي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري،تحقيق:مصطفى عبد القادر عطا،بيروت،دار الكتب العلمية،ط01،1411هـ،1990م

. المعجم الكبير،أبي القاسم سليمان بن احمد الطبراني تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي،القاهرة،مكتبة ابن تيمية،[د،ت].

. نيل الاوطار من أحاديث سيد الأخبار،محمد بن علي الشوكاني،بيروت،دار الكتب العلمية،[د،ت].

. سنن أبي داود،للإمام الحافظ ابي داود سليمان بن الأشعث،تعليق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد،بيروت،دار ابن حزم،1418هـ 1997م.

. سنن ابن ماجه،تصنيف أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه(209،273هـ)تعليق: ناصر الدين الألباني،الرياض،مكتبة المعارف للنشر والتوزيع،[د،ت].

.سنن الدارقطني،تأليف الإمام الحافظ علي بن عمر الدارقطني،تحقيق عادل احمد عبد الموجود،علي محمد معوض،دار المعرفة،بيروت،[د،ت].

. السنن الكبرى،أبي بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفى سنة458ه،تحقيق محمد عبد القادر عطا،ط03، بيروت،دار الكتب العلمية،1424ه،2003م.

. سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندى،أبو عبد الرحمان احمد بن شعيب بن علي بن بحر النسائي، بيروت،دار الفكر،ط01،1348هـ،1930م.

. صحيح البخاري،أبو عبد الله محمد بن إسماعيل ابن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبة البخاري الجعفي المتوفى(سنة256هـ)،بيروت،المكتبة الثقافية،[د،ت].

. تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي،أبي العلا محمد عبد الرحمان ابن عبد الرحيم المباركفوري،بيروت،دار الكتب العلمية،[د،ت].

رابعاً: أصول الفقه:

. المدخل الفقهي (القواعد الكلية و المؤيدات الشرعية)،احمد الحجي الكردي،دار المعارف للطباعة،[د،م].

. الموافقات في أصول الفقه،أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي الشاطبي،شرح عبد الله دراز،بيروت،دار المعرفة،[د،ت].

. رسالة في رعاية المصلحة،للإمام الطوفي(716هـ)،تحقيق:د.أحمد عبد الرحيم السايح،دار المصرية اللبنانية،1413هـ1993م.

. تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام،برهان الدين بن فرحون اليصمدي،تقديم جمال مرعشلي،دار الكتب العلمية،بيروت،2001م.

خامساً: الفقه الحنفي:

. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،علاء الدين أبو بكر الكاساني،ط02،بيروت،دار الكتاب العربي، 1982م.

.حاشية ابن عابدين،علاء الدين محمد بن علي عابدين،شمس الدين التمرتاسي،بيروت، دار المعرفة،2000م.

. كتاب الخراج،لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم،(المتوفى سنة182هـ)،بيروت،دار المعرفة،1399هـ 1979م.

. المبسوط في الفقه الحنفي،شمس الدين السرخسي المتوفى490هـ،تحقيق عبد الله محمد إسماعيل الشافعي،بيروت،دار الكتب العلمية،1993م.

. رد المحتار على الدر المختار،محمد أمين ابن عابدين،تحقيق: عادل عبد الموجود،علي محمد معوض ط02،بيروت،دار الكتب العلمية،2003م.

سادساً: الفقه المالكي:

. بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، للقطب سيدي أحمد الدردير،أحمد الصاوي،ضبط وتصحيح:محمد شاهين،بيروت،دار الكتب العلمية،1995م.

. جواهر الإكليل،شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التتزيل، صالح عبد السميع الأبي الأزهري، ضبط وتصحيح محمد الخالدي،بيروت،دار الكتب العلمية،1997م.

. دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات والمعاملات والميراث،محمد سعيد،[د،م]،دار الندوة،[د،ت].

. حاشية الدسوقي،شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي احمد الدردير،[د،م]،دار الفكر،[د،ت].

. حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، ضبط زكريا عميرات،بيروت،دار الكتب العلمية،1997م.

. المدونة الكبرى، مالك بن انس الاصبحي(المتوفى سنة 179هـ)، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن قاسم،ط01،بيروت،دار الكتب العلمية،1415هـ،1994م.

. مواهب الجليل شرح مختصر خليل،محمد بن عبد الرحمان الحطاب،ضبط:زكريا عميرات،،ط01،بيروت،دار الكتب العلمية،1995م.

. منح الجليل شرح مختصر خليل،محمد بن احمد بن محمد عليش،بيروت،دار الفكر،1409ه، 1989م.

. المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس للقاضي عبد الوهاب المالكي البغدادي (ت422هـ)تحقيق ودراسة عبد الحق حميش،وزارة الشؤون الدينية والأوقاف،تلمسان عاصمة الثقافة الإسلامية،2011م.

. تقريب المعاني على متن الرسالة لأبن أبي زيد القيرواني في مذهب الإمام مالك،عبد المجيد بن إبراهيم الشرنوبي الأزهري المتوفى سنة 1384هـ،ضبط وتصحيح: عبد الوارث محمد علي،ط01،بيروت،دار الكتاب العلمية،1418هـ،1998م.

. الفقه المالكي في ثوبه الجديد،محمد بشير الشقفه،ط03،دمشق،دار القلم،2007م.

. القوانين الفقهية،أبو القاسم ابن جزي،ط01،دار الكتاب العربي،1984م.

. شرح حدود ابن عرفة،الموسوم بالهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية،لابن عبد الله محمد الأنصاري الرصاع المتوفى سنة884هـ،1489م،تحقيق محمد أبو الأجفان،الطاهر المعموري، ط01،بيروت،دار الغرب الإسلامي،1993م.

سابعاً: الفقه الشافعي:

. حاشية الشرقاوي،عبد الله حجازي الشافعي،بيروت،دار الكتب العلمية،1997م.

. المهذب في فقه الإمام الشافعي،لأبي إسحاق الشيرازي(393هـ/476هـ)،تحقيق،د.محمد الزحيلي،دمشق،دار القلم،1416ه-1996م.

. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج،شمس الدين محمد بن أبي العباس احمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي،ط03،بيروت،دار الكتب العلمية،1424ه،2003م.

. روضة الطالبين وعمدة المفتيين،للإمام النووي،إشراف زهير الشاويش،ط03،بيروت،المكتب الإسلامي،1416هـ،1991م.

. الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية،زكرياء بن محمد الأنصاري،دار الكتب العلمية،بيروت،1997م.

ثامناً: الفقه الحنبلي:

. أعلام الموقعين عن رب العالمين للإمام أبي عبد الله محمد بن بكر بن أيوب المعروف ابن القيم الجوزية (المتوفى سنة751هـ)،تقديم أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان،ط01،الدمام، دار ابن الجوزي،1423هـ.

. الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية،محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية،تحقيق:مكتبة مصطفى الباز،ط01،مكة المكرمة،المكتبة التجارية،1996م.

. كشاف القناع عن متن الإقناع،منصور بن يونس بن إدريس البهوتي تحقيق محمد أمين الضناوي،بيروت،عالم الكتب،1417هـ،1997م.

. مجموع فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية،جمع وترتيب،عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصي النجدي وساعده ابنه محمد، طبع بأمر خادم الحرمين الشريفين، فهد بن عبد العزيز أل سعود،بإشراف الرئاسة العامة لشؤون الحرمين الشريفين.

. المغني،موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد ابن قدامة المتوفى سنة 620ه، تحقيق:عبد الله بن محسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو،الرياض،دار عالم الكتب،[د،ت].

تاسعاً: الفقه الظاهري:

. المحلى بالآثار،أبي محمد على بن احمد بن سعيد ابن حزم،تحقيق احمد محمد شاكر،بيروت، دار الجيل،دار الأفاق الجديدة،[د،ت].

عاشراً: الفقه العام:

. أحكام الأسرة الإسلامية فقهاً وقضاءً،حسن حسانين،دار الأفاق العربية،[د،ت].

. أحكام الأسرة في الإسلام،دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذاهب الجعفري والقانون،محمد مصطفى شلبي،ط02،بيروت،دار النهضة العربية،1397هـ،1977م.

. الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون.فتحي الدريني،بيروت،دار الفكر،[د،ت].

. الحق في التعويض عن الضرر الأدبي،ياسين محمد يحي،القاهرة،دار النهضة العربية،1991م.

. التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، جميل فخري محمد جانم،ط01،عمان،دار الحامد للنشر والتوزيع،2009م.

. التكييف الفقهي للوقائع المستجدة و تطبيقاته الفقهية،محمد عثمان شبير، دار دمشق، القلم،2004م.

. التعويض عن الضرر الأدبي دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون.أسامة السيد عبد السميع،الإسكندرية،دار الجامعة الجديدة.2007م.

. التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي،محمد بن المدني بوساق،الرياض، اشبيليا،1419هـ،1999م.

. حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني،محمد فتح الله النشار،[د،م]،دار الجامعة الجديدة للنشر،2002م.

. موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر،عبد الحليم عويس ط01،دار الوفاء،دار بن حزم،2005م.

. محاضرات في الفقه المقارن،محمد سعيد رمضان البوطي، ط02،دمشق،دار الفكر،2006م. . نظام الأسرة في الإسلام،محمد الصالح الصديق،دار هومه،الجزائر،1999م.

. النظريات الفقهية،فتحي الدريني،ط02،دمشق،منشورات جامعة دمشق،1998م.

. نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي،فتحي الدريني،ط04،بيروت،مؤسسة الرسالة،1988م.

. نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي،وهبة الزحيلى،ط04، دمشق،دار الفكر،2009م.

. الفقه الإسلامي وأدلته،وهبة الزحيلي، ط01،الجزائر،دار الفكر،1991م.

. القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي،حمد بن محمد الجابر الهاجري،ط01،كنوز اشبيليا،2008م.

. ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية،محمد سعيد رمضان البوطي،ط04،بيروت،دار الفكر 2007م.

. الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون،دراسة مقارنة،عبد الله مبروك النجار،ط1،القاهرة،دار النهضة العربية،1411هــ،1990م.

. ضمان العدوان في الفقه الإسلامي،محمد احمد سراج،عمان،دار الثقافة للنشر والتوزيع،1410ه،1990م.

حادي عشر: النصوص القانونية:

. الأمر رقم:66-155،المؤرخ في:08 يونيو1966م،و المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.ج،ر،رقم:48لسنة1966م،المؤرخة في:20صفر1386ه،الموافق لـــــ:10جوان1966م.

. الأمر رقم: 74-15،المؤرخ في:30جانفي 1974،المعدل والمتمم بالقانون رقم:88-91، والمتعلق بإلزامية التأمين عن السيارات وبتنظيم التعويض عن الأضرار المادية والجسمانية الناجمة عن حوادث السيارات.

. الأمر رقم:75-58،المؤرخ في:26سبتمبر 1975م،والمتضمن القانون المدني الجزائري.

. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم:61 لسنة 1976م،المعدل بموجب القانون المعدل رقم: 82 لسنة2001م.

. قانون الأحوال الشخصية السوري رقم:59 لسنة 1953م،المعدل بالقانون رقم:34 لسنة 1975م.

. القانون المدني الأردني رقم:2645 لسنة 1976م.

. القانون رقم:84-11 المؤرخ في 1984/06/09م،المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم:05-02،المؤرخ في:2005/02/27م، ج،ر، رقم:15لسنة2005م،المؤرخة في: 18محرم1426هـ،الموافق لـ:27فبراير2005م،وقد تم إقراره من طرف البرلمان بموجب القانون رقم: 05-09،المؤرخ في:25ربيع الأول 1426ه،الموافق لـ:04ماي2005م،الجريدة الرسمية رقم:43 لسنة2005م،المؤرخة في: 15جمادى الاولى1426هـ،الموافق لـ:22جوان 2005م.

ثاني عشر: الاحوال الشخصية:

. أبحاث و مذكرات في القانون والفقه الإسلامي،بلحاج العربي،الجزائر،ديوان المطبوعات الجامعية،1996م.

. الأحوال الشخصية،محمد أبو زهرة،ط03،بيروت،دار الفكر العربي،1957م.

. أحكام الأسرة،عبد القادر داودي ،ط02،الجزائر،دار البصائر،2010م.

. الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري،دراسة فقهية،المصري مبروك،الجزائر،دار هومه،2010م.

. مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية ، دارسة مقارنة،مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية،عبد الرحمان

الصابوني:تقديم محمد أبو زهرة،مصطفى السباعي،ط02،بيروت،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،1983م.

.مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق،أسامة عمر سليمان الأشقر،ط01،الأردن، دار النفائس،1420هـــ،2000م.

. الفقه المقارن للأحوال الشخصية الزواج والطلاق،بدران أبو العيينين بدران،الإسكندرية، دار الجامعة،1974م.

. النشوز،صالح بن غانم السدلان،ط04،الرياض،دار بلسنية،1417هـــ.

. التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية،عبير ربحي شاكر القدومي،عمان، دار الفكر،2007م.

ثالث عشر: المراجع القانونية:

. الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات،سليمان مرقس،القاهرة،ط05،ايريني للطباعة(مطبعة السلام) الحلفاوي.

. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،بلحاج العربي،ط03،الجزائر،ديوان المطبوعات الجامعية،2004م.

. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،عبد الرزاق السنهوري،ط03،بيروت،منشورات الحلبي الحقوقية ،1998م.

. المجلة القضائية،غرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص 2001م.

. النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري،العربي بلحاج،ط04،الجزائر،ديوان المطبوعات الجامعية2007م.

. نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية،مقدم سعيد،الجزائر،المؤسسة الوطنية للكتاب، 1992م.

. قانون الأسرة،مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع تعديلات2005،العيش فضيل،ط02،الجزائر،ديوان المطبوعات الجامعية.

. التعويض عن الأضرار الأدبية المتعلقة بحياة الإنسان،محمد السيد الدسوقي،دار الجامعة الجديدة،2007م.

. التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه،محمد كمال عبد العزيز،القاهرة،مكتبة القاهرة الحديثة،[د،ت].

. الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة)عزيز كاظم جبر،عمان،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع،1998م.

رابع عشر: الرسائل العلمية:

. افتراض النتيجة الضررية في دعوى التفريق القضائي، احمد بولقصيبات،رسالة ماجستير،جامعة الأمير عبد القادر،قسنطينة،2007/2006م.

. التعويض عن الضرر الأدبي،باسل محمد يوسف قبها،رسالة ماجستير مقدم إلى جامعة النجاح،نابلس،منشور على الانترنيت على الرابط.
scholar.najah.edu/sites/default/files/all-thesis/identi

. التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية،السعيد مقدم،رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية المدنية،جامعة الجزائر[د،ت].

خامس عشر: المقالات:

. جريدة الشروق اليومية الجزائرية، مقال حول تقرير وزارة العدل منشور يوم2011/12/07م.

. الطبيعة القانونية للخطبة،بلحاج العربي،مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية،عدد03،2007م،جامعة الجزائر.

. الطبيعة القانونية للخطبة،دراسة مقارنة،عز الدين مرزا ناصر، مجلة الرافدين للحقوق،المجلد(3/السنة العاشرة)عدد(26)سنة(2005م)،جامعة الموصل.

.التعويض عن الأضرار المعنوية في الفقه الإسلامي والقانون المدني،لعبد المجيد محمود الصلاحين.بحث مقدم بمجلة دراسات(علوم الشريعة والقانون).المجلد 31.عدد02.تشرين الثاني 2004م.رمضان1425ه.الجامعة الأردنية.

. تعويض الضرر المعنوي،حكيمة بعطوش،نشرة القضاة،1995م،العدد47.

سادس عشر: المعاجم:

. الإفصاح في اللغة،حسين يوسف موسى وعبد الفتاح الصعيدي،ط02،بيروت،دار الفكر العربي،[د،ت].

. لسان العرب،أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري،بيروت، دار صادر،[د،ت].

. معجم المصطلحات القانونية،جيرار كورنو،ترجمة منصور القاضي،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،1418هـ،1998م.

. القاموس المحيط،مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز أبادي الشيرازي الشافعي(المتوفى سنة817ه)،بيروت،دار الكتب العلمية،[د،ت].

فهرسة الموضوعات

ملخص

يهدف موضوع الرسالة إلى البحث عن مدى وجود التعويض عن الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، من خلال تتبع الحالات التي أقرها القانون، وهي الضرر المعنوي من العدول عن الخطبة(وجاء فيه تعريف الخطبة والطبيعة القانونية لها)، أما بعد فك الرابطة الزوجية فهي الطلاق التعسفي(وجاء فيه تعريف التعسف والطلاق التعسفي) والتطليق والنشوز، وهل هي الحالات موافقة لما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية؟،مع مقارنتها ببعض القوانين العربية والأجنبية، وقد قسمت الرسالة إلى مقدمة وفصل تمهيدي مع فصلين آخرين ثم خاتمة لأهم النتائج والتوصيات.

الكلمات المفتاحية:

التعويض؛ الضرر المعنوي؛ الخطبة؛ الطبيعة القانونية للخطبة؛ العدول؛ التعسف؛ الطلاق التعسفي؛ التطليق؛ النشوز؛ فك الرابطة الزوجية.

نوقشت يوم 30 جوان 2014